



• C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

BILTIS DINIZ PAIANO

**DA IGUALDADE À AÇÃO AFIRMATIVA: UMA ANÁLISE JURÍDICO-
CONSTITUCIONAL LUSO-BRASILEIRA**

*Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra no
âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito
(conducente ao grau de Mestre, na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-
Políticas/Menção em Direito Constitucional).*

Orientador: Senhor Professor Doutor João
Carlos Loureiro

Coimbra, 2015

AGRADECIMENTOS

Agradecimentos especiais aos meus guias durante esse percurso de dois anos:

Ao Criador, primeiramente, meu mais profundo agradecimento, minha inspiração de todos os dias, minha força, meu caminho.

Se fosse uma dedicatória, eu dedicaria unicamente à minha irmã, Bárbara, pois aprendi o significado da palavra “mestrado” com ela. A vontade, a paixão pela pesquisa e pela academia, teve por base você, minha Naninha.

Aos meus pais, Valdir Paiano e Arlene Diniz, pelo exemplo de determinação, espírito de conquista, minha referência de amor incondicional.

À Tia Sandra, pelo amor, carinho e força, por ser minha guia durante minha caminhada de vida. Sem seu apoio nada disso seria possível.

Ao Aldo César, agradeço a cumplicidade do dia-a-dia, os momentos de apoio, além dos diversos momentos de risadas, dos aprendizados e das trocas. Você é mestre duas vezes e uma dessas vezes é junto comigo.

Ao meu orientador, Exmo. Senhor Professor Doutor João Carlos Loureiro, cuja ajuda foi fundamental e incansável, ao me incentivar e mostrar sempre o caminho certo a seguir.

À Professora Doutora Lídia Valesca Pimentel, em especial, que durante a graduação me guiou e mostrou as possibilidades da pesquisa na academia e quem mesmo depois, durante o mestrado, foi companheira, amiga, torcedora e parceira.

À Camila Cardozo, pela amizade de sempre, dos momentos felizes aos mais angustiantes e principalmente nos momentos de incompreensão, você estava lá para me entender.

Aos amigos, que precisei atravessar o Atlântico para encontrá-los e que serão para sempre lembrados por mim nessa incrível jornada em Coimbra: Alessandra Pearce, Bruna Franceschini, Fátima Goulart, Leonardo Susart e Thiago Silva.

Aos meus amigos no Brasil, que mesmo na distância eu sempre pude contar: Ana Marília, Cláudia Fell, Elaise Landim, Flávia Lima, Filipe Malta, Flora Oliveira, Isabela Freitas, Joana Raquel, Nathália Roberto e Tadeu Alcântara.

Por fim, agradeço à Universidade de Coimbra, sua tradição e excelência são inegáveis e exemplo para a comunidade acadêmica em todo o mundo.

“A distribuição natural não é justa nem injusta; nem é injusto que pessoas nasçam em alguma posição particular na sociedade. Esses são simplesmente fatos naturais. O que é justo ou injusto é o modo como as instituições lidam com esses fatos”.

Jonh Rawls. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.109.

RESUMO

A proposta deste trabalho visa fazer um estudo sobre ações afirmativas, constituídas no ordenamento jurídico sob o Princípio da Igualdade e da não Discriminação. Diante disso, analisaremos, inicialmente, a relação existente entre os valores trazidos com o Princípio da Igualdade, compreendendo as suas dimensões e, sob o prisma jurídico, avaliar os diversos tipos de previsão legal implementados para promoção da Igualdade no âmbito internacional e constitucional. Em um segundo momento, trataremos tão-somente das ações afirmativas como forma de concretização do Princípio Constitucional da Igualdade fundamentando a necessidade e a obrigação de serem implementadas. E, finalmente, com tais fundamentos, poderemos então desenvolver o estudo sobre a viabilidade das ações afirmativas em Portugal e no Brasil, sobretudo ponderar os desafios das perspectivas dessa política.

Palavras-chave: Princípio da Igualdade; Discriminação; Ações afirmativas.

ABSTRACT

The purpose of this work is to pursue a study on affirmative action established under the principle of equality and the non-discrimination. According to this, the analysis, initially, reveals the relation among the values brought by the principle of equality, including its dimensions. From a legal perspective, it evaluates the various types of legal provisions in order to promote equality in international and constitutional reach. Secondly, affirmative action will be taken into account as a way to achieve the constitutional principle of equality which justifies the need and the obligation of its implement. Finally, on those grounds, it is possible to develop the study on the viability of affirmative action mainly in Portugal and Brazil, especially considering all the challenges of these policy perspectives.

Keywords: Principle of equality; Discrimination; Affirmative action.

RESUMÉ

Le but de ce travail consiste à élaborer une étude sur les discriminations positives, fondées dans le système juridique sur les principes de l'égalité et de la non-discrimination. Par conséquent, nous analyserons, tout d'abord, le rapport existant entre les valeurs apportées par le principe de l'égalité, y compris ses dimensions et, d'un point de vue juridique, nous évaluerons les différents types de dispositions légales mises en place afin de promouvoir l'égalité dans le cadre international et constitutionnel. Dans un deuxième moment, nous traiterons uniquement des discriminations positives en tant que moyen pour concrétiser le principe constitutionnel de l'égalité, tout en justifiant la nécessité et l'obligation de sa mise en place. Et finalement, appuyés sur de telles justifications, nous pourrions ensuite développer l'étude sur la faisabilité des discriminations positives au Portugal et au Brésil, et notamment, analyser les défis des perspectives de cette politique.

Mots-clés: Principe de l'égalité; Discrimination; Discrimination positive.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac.	Acórdão
Act.	Atualizada
Art.	Artigo
CEDH	Convenção Europeia de Direitos do Homem
CDFUE	Carta sobre os Direitos Fundamentais da União Europeia
CE	Comunidade Europeia
CEE	Comunidade Económica Europeia
Cf.	Conferir
Cit.	abreviatura da expressão Latina <i>citatum, citato</i> , que significa “citada”
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CRP	Constituição da República Portuguesa
Cit.	Citada
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
Ed.	Edição
<i>Ibidem</i>	palavra de origem Latina que significa “no mesmo lugar”
<i>Idem</i>	palavra de origem Latina que significa “o mesmo”
Nº.	Número
Op.	Obra
P.	Página
PP.	Páginas
Rev.	Revisada
SS.	Seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
TC	Tribunal Constitucional

Trad.	Tradução
TCE	Tratado da Comunidade Europeia
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
TJCE	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
<i>Vide</i>	expressão latina que significa “veja”
V.	Verificar
Vol.	Volume

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I - A TEORIA CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE E SUAS DIMENSÕES.....	13
1.1. Origens do Princípio Constitucional da Igualdade.....	13
1.2. Princípio da Igualdade: um conceito em evolução.....	16
1.2.1. Igualdade formal e material.....	16
1.2.2. Proibição do arbítrio, obrigação de diferenciação e proibição de discriminação.....	20
CAPÍTULO II – A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO COMO PROTEÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	27
2.1. Análise de algumas características protegidas.....	28
2.1.1. Igualdade dos gêneros.....	28
2.1.1.1. O atual sistema jurídico em matéria de igualdade de gênero.....	31
2.1.2. Igualdade racial.....	35
2.1.3. Igualdade para portadores de deficiência.....	39
CAPÍTULO III – AÇÕES AFIRMATIVAS COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO À IGUALDADE.....	43
3.1. Bases históricas das ações afirmativas.....	46
3.2. O que é ação afirmativa? Breves notas de um conceito.....	51
3.3. Teoria dos critérios das diferenciações da discriminação positiva.....	55
3.3.1. Fundamento das ações afirmativas.....	56
3.3.2. Espécies de ações afirmativas.....	59
CAPÍTULO IV – UMA ANÁLISE DA APLICABILIDADE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS EM PORTUGAL E NO BRASIL.....	62
4.1. Breves notas das ações afirmativas no âmbito internacional e da União Europeia.....	62
4.2. Ações afirmativas: o caso Português.....	66
4.2.1. Estrutura constitucional das ações afirmativas em Portugal.....	66
4.2.1.1. Artigo 9º da CRP.....	67
4.2.1.2. Artigo 13º da CRP.....	69
4.2.1.3. Artigo 58º da CRP.....	69

4.2.1.4. Artigo 71º da CRP.....	70
4.2.1.5. Artigo 109º da CRP.....	71
4.2.1.6. Outros artigos constitucionais que confirmam a adoção das ações afirmativas.....	72
4.2.2. No Tribunal Constitucional.....	73
4.3. Ações afirmativas: o caso Brasileiro.....	74
4.3.1. Estrutura constitucional das ações afirmativas no Brasil.....	76
4.3.2. Supremo Tribunal Federal.....	79
CONCLUSÃO.....	86
BIBLIOGRAFIA.....	89

INTRODUÇÃO

O Direito Constitucional e, conseqüentemente, as Constituições estatais constituem marcos jurídicos, morais e políticos para uma determinada sociedade. Assim o foco deste trabalho será uma questão constitucional específica; a análise entre a igualdade e as ações afirmativas no ordenamento português e brasileiro, buscando estruturar uma fundamentação jurídico-constitucional para a possibilidade jurídica de sua adoção.

Atualmente, as ações afirmativas estão sendo objeto de implementação em alguns países com o objetivo de minimizar injustiças históricas e desigualdades sociais. A introdução de programas de ações afirmativas suscita interesse da sociedade, uma vez que o Estado faz grande investimento para favorecer uma parcela da população, gerando fortes discussões, mitos e conceitos equivocados sobre ser ou não uma política necessária.

A questão das ações afirmativas é amplamente discutida, principalmente na via prática, pois há muitas controvérsias de qual seria a solução ideal. A tarefa a qual nos propomos neste trabalho é delicada, uma vez que a argumentação da ideia de ações afirmativas é articulada com questões de mérito, oportunidades sociais, justiça social, política compensatória, bens públicos, ações governamentais, igualdade, desigualdade e discriminação.

Dessa forma, é necessária uma discussão jurídico constitucional para fundamentar a aplicação das ações afirmativas, assim utilizaremos um enfoque metodológico específico, buscando conceituar e fundamentar (por meios sociológicos, jurídicos, culturais, econômicos e entre outros)¹ as medidas afirmativas como um importante meio de mitigação das várias formas de discriminação.

Do ponto de vista das políticas públicas, as ações afirmativas foram a resposta à essa problemática, pois elas estão voltadas para política de cotas, reserva de vagas, pretendendo conter a vulnerabilidade social.

Este trabalho está estruturado em quatro capítulos. No primeiro capítulo, partiremos da análise do princípio da igualdade, pois é dele que deriva a base da aplicação

¹ Tais conhecimentos são fundamentais para a argumentação e fundamentação jurídica: “(...) los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección.” Cf. Robert Alexy. *El concepto y la validez del derecho*. 2ª ed. Tradução Jorge Seña. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 123.

das ações afirmativas. Entendemos que para tratar de uma construção do princípio constitucional da igualdade é um trabalho audacioso e que há muito se sabe da sua importância histórica, além da base sólida no direito. Porém, a intenção da nossa pesquisa não é o estudo dos conceitos complexos de igualdade, nem a sua base doutrinal ou jurisprudencial, mas sim, demonstrar a raiz da ação afirmativa através das transformações do conceito de igualdade. Desse princípio emanam algumas dimensões e iremos abordar os pontos centrais da igualdade material, formal, obrigação de diferenciar, proibição do arbítrio e proibição da discriminação.

No capítulo seguinte, trataremos da proibição de discriminação como meio de proteger o princípio da igualdade, desenvolvendo a aplicação dada a essa proibição que visa combater as práticas discriminatórias, uma vez que, apesar da evolução da igualdade, a sociedade ainda enfrenta diversas problemáticas não resolvidas, sendo uma delas as condições sociais inerentes aos indivíduos, como a cor, o sexo, o gênero, as oportunidades de ingresso no mercado de trabalho, a ascensão social, o desempenho educacional, o acesso ao ensino superior, entre outras. Para tal estudo, analisaremos no âmbito jurídico algumas características que são protegidas pelo princípio da não discriminação, especificamente, a igualdade de gêneros, a igualdade racial e a igualdade para deficientes físicos.

O terceiro capítulo é destinado ao universo das ações afirmativas, as quais buscam promover a igualdade de fato, através de um meio constitucional. O princípio da igualdade fática e a política afirmativa estão intrinsecamente interligados, justificando a existência de tais medidas. No primeiro momento, vamos explorar um breve histórico e, seguidamente, investigar o seu conceito, para no fim traçarmos uma teoria analisando os fundamentos e as espécies de ações afirmativas.

Por fim, no quarto capítulo, efetuaremos uma análise da possibilidade da aplicação das medidas afirmativas em Portugal e no Brasil, fundamentando através de elementos doutrinários e jurisprudenciais, para no final tentarmos solucionar a instigação, a inquietude, a questão central do trabalho, que se sintetiza no questionamento: é possível efetivar-se o princípio constitucional da igualdade por meio das ações afirmativas?

CAPÍTULO I - A TEORIA CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE² E SUAS DIMENSÕES

1.1. Origens do Princípio Constitucional da Igualdade

A noção de igualdade como um valor há muito que caminha com a humanidade³, porém, sob o âmbito da igualdade relacionada intrinsecamente com o ser humano é um feito da Idade Contemporânea⁴, constituindo um sentido jurídico e passando a ser referenciado em constituições e tratados internacionais.

Somente com as Revoluções (Revoluções Liberais) do século XIX houve um destaque para a igualdade, sendo basilar para os ideias do regime democrático e parte indispensável do que se compreende por justiça.

O termo igualdade⁵, no universo jurídico, se destaca como um marco na Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, que reconheceu os direitos naturais dos homens no *Bill of Rights*, postulando no seu primeiro artigo que os homens nascem igualmente livres e independentes. Ainda no mesmo ano, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América reconheceu valores inerentes aos homens,

² “Igual-Desigual

Eu desconfiava:

todas as histórias em quadrinho são iguais.(...)

Todas as guerras do mundo são iguais.

Todas as fomes são iguais.

Todos os amores, iguais iguais iguais.

Iguais todos os rompimentos.

A morte é igualíssima.

Todas as criações da natureza são iguais.

Todas as ações, cruéis, piedosas ou indiferentes, são iguais.

Contudo, o homem não é igual a nenhum outro homem, bicho ou coisa.

Ninguém é igual a ninguém.

Todo o ser humano é um estranho ímpar.”

Carlos Drummond de Andrade. *A Paixão Medida*. 1ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 46.

³ O termo igualdade já havia sido defendido pelos filósofos clássicos, sendo assim, para uma visão mais aprofundada de igualdade na antiguidade, como a visão de Platão e Aristóteles. Cf. Martim de Albuquerque. *Da Igualdade: Introdução à Jurisprudência*. Coimbra: Almedina, 1993, pp. 11-13. Ver, também, Vera Lúcia Raposo. *O poder de Eva “O princípio da igualdade no âmbito dos direitos políticos; problemas suscitados pela discriminação positiva”*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 245.

⁴ “A igualdade passou a constituir valor central para o direito constitucional contemporâneo, representando verdadeira “pedra angular” do constitucionalismo moderno”. Ingo Wolfgang Salert; Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 523.

⁵ Notadamente colocamos como marco a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, porém, frisamos que alguns autores trazem como marco a Reforma protestante de Lutero, pois foram positivadas legislações que se referiam aos Direitos Fundamentais do Homem. V. Renata Malta Vila-Boas. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 17.

independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social⁶, sob o fundamento de que todos são iguais e livres, tal como a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que estabeleceu no seu artigo 1º que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos”.

Porém, a igualdade como princípio jurídico constitucional apenas apareceu com a constituição francesa de 1793. Surgindo a partir de tais documentos políticos, como elemento fundamental para o constitucionalismo moderno, o Princípio da igualdade perante a lei⁷. Sendo uma igualdade perante a lei, assegurava o igual tratamento para todos os indivíduos, possuindo a regra da proibição sob qualquer forma de discriminação ou privilégio⁸.

Para os fins desse item, pretendemos objetivar o estudo da igualdade sob o prisma eminentemente jurídico constitucional, ou seja, a igualdade como parte das normas constitucionais de patamar principiológico.

A partir do surgimento do Constitucionalismo de bases liberais em que o Estado passa a ser limitado pela lei constitucional, estando assegurados os direitos dos seres humanos em lei formal, notamos a consolidação da igualdade como sendo um princípio e um valor fundamental⁹.

⁶ Fábio Konder Comparato. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 107.

⁷ “No quadro do constitucionalismo moderno – o constitucionalismo que tem como ponto de partida as constituições americana de 1787 e francesa de 1793 – a igualdade vai conhecer novas linhas de rumo e de facto, sendo erigida em princípio jurídico-político: o princípio da igualdade, ou , com também já tem sido dito, o princípio da igualdade perante a lei. De hábito ligado à *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* de 1789 (artigos 1º e 6º), não falta quem veja a sua origem formal no enunciado “definitivo” da *Déclaration* de 1793 e na respectiva constituição desse mesmo ano. Mas, em verdade, foi na América que pela primeira vez os textos básicos consagraram constitucionalmente a igualdade. É certo que a Constituição de 1787 se limita a abolir os títulos de nobreza (artigo 1º, secção 9, *in fine*): <<Nenhum título de nobreza será concedido pelos Estados-Unidos nem pessoa alguma exercendo emprego de interesse ou confiança debaixo da autoridade dos Estados-Unidos, poderá aceitar sem consentimento do congresso, gratificação, emolumento, emprego ou título, seja de que natureza for, de qualquer rei, príncipe, ou estado estrangeiro>>.” Martin de Albuquerque. *Da Igualdade: Introdução à Jurisprudência*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 45.

⁸ Guilherme Machado Dray. *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 52.

⁹ “O princípio da igualdade perante a lei é reconhecido como um valor fundamental nas Constituições de diferentes países, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, estas, as duas mais importantes declarações de direitos”. Cláudio Petrini Belmonte. *O Sentido e o Alcance do Princípio da Igualdade como Meio de Controle de Constitucionalidade de Normas Jurídicas na Jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal e do Supremo Tribunal Federal do Brasil*. In *Revista de Informação Legislativa*, vol. 36, nº 144 out./dez., Brasília, 1999, p. 159. No mesmo sentido, “A lo largo de más de dos siglos, la noción de igualdad se ha configurado en el ámbito europeo como uno de los núcleos esenciales de cualquier propuesta de progreso,

As consagrações da igualdade nas constituições liberais deixaram-nos, como herança, uma igualdade perante a lei, ou seja, uma igualdade formal, e a ideia de que “em princípio, direitos e vantagens devem beneficiar a todos; e os deveres e encargos devem impender sobre todos”¹⁰, dessa maneira, e conforme esse pensamento, as constituições que se seguiram passaram a prever nos seus textos o princípio e os direitos de igualdade¹¹.

A expressão “perante a lei” que a Constituição Francesa de 1793 destacou tornou-se marca do enunciado de igualdade. Em diversas constituições percebemos a similaridade onde o enunciado se manifesta, como na Constituição brasileira (art. 5º, I), na Constituição portuguesa (art. 13º), na Constituição francesa (art. 1º), na Constituição colombiana (art. 13º), na Constituição espanhola (art. 14º), na Constituição Italiana (art. 13º), entre outras¹².

No entanto, a expansão da positivação da igualdade se deu no período pós 2ª guerra, tendo sido consagrada no sistema internacional, em diversos tratados e convenções. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, das Nações Unidas, de 1948, logo no seu primeiro artigo consagra o texto que será, posteriormente, trazido (detalhadamente ou não) nas constituições nacionais democráticas e nos tratados internacionais relativos à igualdade “*todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos*”; o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966, consagrando no seu texto a igualdade e a não discriminação¹³.

Com abrangência regional temos, como exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que trata a questão da igualdade conforme o PIDCP¹⁴; as Convenções sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (CERD) de 1965, a qual prevê medidas particulares com a finalidade de assegurar o desenvolvimento

tanto en el campo de las ideas como en el la actividad de distintos movimientos políticos y sociales (...)” Rafael Sastre Ibarreche. *La acción Positiva para las Mujeres en el Derecho Comunitario*. In *Igualdade dos Gêneros nas Relações de Trabalho*. Laís de Oliveira Penido (Coord.) Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 91.

¹⁰ Cf. J.J. Gomes Canotilho; Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa anotada*. (Arts. 1º a 107º), 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 338.

¹¹ Hédio Silva Jr. *O princípio da igualdade e os direitos de igualdade na constituição de 1988*, In *Revista de Direito Constitucional e Internacional – Cadernos de Direitos Constitucional e Ciencia Política*. Nº 38, ano 10, jan-mar, 2002, p. 168.

¹² Demonstrar essas semelhanças sobre o direito à igualdade nos textos constitucionais de países estrangeiros é importante, uma vez que durante o percurso do texto seguiremos tomando como base a fundamentação oriunda do direito comparado, principalmente entre Brasil e Portugal, tanto como relação ao objeto do estudo como com relação ao enunciado.

¹³ *Vide* art. 26º “todas as pessoas são iguais perante a lei e tem direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei.” (Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos).

¹⁴ *Vide* art. 24º “Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, tem direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei.” (Convenção Americana de Direitos Humanos).

de certos indivíduos ou grupos étnicos de forma a que gozem e exerçam igualmente os direitos humanos e as liberdades fundamentais (art. 1º, nº 4); a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAM) de 1979, que solicita a promoção de políticas eficazes para o tratamento igualitário entre homens e mulheres; e, mais recentemente, a Convenção sobre pessoas com deficiência. Por conta da supranacionalidade desses documentos, quando ratificados por um Estado, têm caráter vinculante¹⁵.

1.2. Princípio da Igualdade: Um conceito em evolução

O princípio da igualdade não se conservou estável no seu sentido e conteúdo, vindo sofrendo mutações e, por assim dizer, evoluções ao longo dos anos. Desde a declaração dos direitos do homem e do cidadão até a atualidade, o conceito vem-se desenvolvendo cada vez mais, havendo modificações na interpretação e na aplicabilidade¹⁶.

Nessa perspectiva, este tópico tem como finalidade trazer uma análise sobre os aspectos apontados pela doutrina que o conceito do princípio da igualdade vem assumindo.

Inicialmente, trataremos dos aspectos da distinção consagrada na doutrina entre as acepções da igualdade formal e de igualdade material. Posteriormente, tendo como base esses aspectos, abordaremos as três dimensões desenvolvidas amplamente pela doutrina, a proibição do arbítrio, a proibição da discriminação e a obrigação de diferenciação.

1.2.1. Igualdade Formal e Material

Em um primeiro momento, o princípio da igualdade, conforme tratamos acima, satisfazia a igualdade apenas no seu conceito formal ou igualdade perante a lei. Assim, a noção aqui empregada é absoluta no patamar jurídico, de que todos os homens são iguais, estando sujeito a tratamento igual com previsão da norma. Fica claro, assim, que tal

¹⁵ Ingo Wolfgang Salert; Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 525.

¹⁶ Destaca-se aqui a dicção dos professores Canotilho e Vital Moreira “o princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do sistema constitucional global, conjugando dialecticamente as dimensões liberais, democráticas e sociais inerentes ao conceito de *Estado de direito democrático e social*”. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa anotada...*, pp. 336-337.

exigência vem de uma tradição constitucional liberal do Estado moderno, pois os revolucionários rejeitavam todo o tipo de privilégio dado à nobreza e a monarquia¹⁷. Deste modo, a igualdade pautada na formalidade (“igualdade jurídica”, “igualdade liberal”), impetrada pelo constitucionalismo liberal, foi considerada uma hipótese para a unificação do regime liberal individualista a favor dos cidadãos de uma ordem jurídica, em que todos os cidadãos passariam a ser titulares de direitos, estritamente perante a lei¹⁸.

Por um grande período com o Estado “fraco”, não intervencionista, conquista essa do liberalismo, pautada na formalidade da igualdade perante a lei, era o ideal procurado para concretização da liberdade¹⁹. Os doutrinadores liberais entendiam que a simples inserção da igualdade no rol dos direitos fundamentais, conseguiria haver a efetividade da isonomia, uma vez que estava assegurada no sistema constitucional. Porém, não foi assim que ocorreu. A igualdade perante a lei era carregada de conceitos abstratos, amplos e, por muitas vezes, era a causadora de situações de desigualdade, tanto que, por exemplo, numa lei pode haver a presunção do direito à igualdade “sem existência real, criando, assim, consequências imprevistas e involuntárias quanto à situação das mulheres”²⁰.

¹⁷ “Nascia, assim, no plano jurídico-positivo, poderoso instrumento de reação contra os privilégios pessoais e contra a hierarquização das classes sociais que, com variantes puramente culturais, vigorava até então. Nascia, também, com o princípio da isonomia, a fonte inesgotável de argumentos para o ideário igualitarista que, após a segunda metade do século passado, viria contestar a visão estreita e apenas formal da igualdade jurídica, em contraposição à aspiração de igualdade material, e se destinara a incendiar a história do pensamento político-econômico, espalhado até nossos dias suas centelhas mais acesas. Assim é que o avanço dos movimentos da história política dos povos em prol da redução das injustiças sociais fez resultar o conflito, até hoje insolvido, entre a limitada noção de igualdade jurídica – que, de acordo com sua origem liberal francesa, preconiza não mais (ou pouco mais) do que a abolição dos privilégios pessoais – e o desejo de igualdade real, isto é, de igualdade de fato e material entre os homens no meio social. É que a regra de que todos são iguais perante a lei, ou de que todos merecem a mesma proteção da lei, entre outros enunciados expressivos da isonomia puramente formal e jurídica, traduz, em sua origem mais genuína, a exigência de simples igualdade entre os sujeitos de direito perante a ordem normativa, impedindo que se crie tratamento legislativo diverso para idênticas ou assemelhadas situações de fato. Impede, em suma, que o legislador trate desigualmente os iguais.” Carlos Roberto Siqueira Castro. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, pp. 358-359.

¹⁸ Nesse sentido, cf. JJ Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*. 7ª ed., 14ª Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2003; Jorge Reis Novais. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, 1ª Ed, Coimbra: Coimbra editora, 2011, p. 102; Robert Alexy. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., Malheiros, 2011, p. 394.

¹⁹ É importante dizer aqui que esse tipo de classificação de igualdade foi uma grande evolução do direito, pois não podemos esquecer que as leis estabeleciam distinções com base no sexo, cor, religião, nacionalidade, ascendência ou classe social. V. Vera Lúcia Raposo. *O poder de Eva...*, p. 249.

²⁰ Tove Stang Dahl. *O Direito das Mulheres: uma introdução à teoria do direito feminista*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Serviço de Educação, 1993, p. 08.

A partir dessa expressão surge pela doutrina uma diferença quanto ao sentido nas expressões *igualdade perante a lei* (aplicador) e *igualdade na lei* (formulador)²¹. A *igualdade perante a lei* tem como intenção exigir a igualdade na *aplicação* da norma, proibindo tratamento desigual aos iguais, ou seja, aspecto puramente formal, a norma jurídica deve ser uniforme com a concepção do tratamento igualitário aos desiguais. Assim sendo, o tratamento deve ser precisamente conforme a lei para qualquer pessoa, exceto se na própria lei houver critérios de uma excepcional desigualdade.

Já a *igualdade na lei*, é um aspecto para a nivelção dos indivíduos na *formação* da lei, uma vez que uma lei não pode ser criada a partir de parâmetros desiguais, impedindo assim o legislador de tratar desigualmente os iguais, pois não é permitido haver critérios nas leis proibidos pelas constituições^{22,23}.

Com a chegada dessa noção “absoluta” na aplicação do princípio da igualdade houve uma ruptura com o antigo regime de vedação de privilégios, mas, por outro lado, o emprego tão rígido do princípio sem relativizar as diversas circunstâncias da igualdade, confiando que a simples afirmação na lei de tratamento igualitário teria a capacidade de combater as desigualdades. Contudo, não foi isso que aconteceu. Com o passar do tempo essa concepção não promoveu a igualdade tão esperada. Em verdade, só ficou claro que a função da igualdade jurídica era permitir a liberdade do capitalismo²⁴, continuando os estratos menos favorecidos da sociedade a sofrer desigualdades²⁵.

²¹ V. Celso Ribeiro Bastos. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 165; Carlos Roberto Siqueira Castro. *O Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983, pp. 35-36; V., também, Castanheira Neves. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra editora, 1ª Ed. (Reimpressão), 2014, pp. 141 e ss.

²² “No Direito estrangeiro, faz-se distinção entre o princípio da igualdade perante a lei e o da igualdade na lei. Aquele corresponde à obrigação de aplicar as normas jurídicas gerais aos casos concretos, na conformidade com o que elas estabelecem, mesmo se delas resultar uma discriminação, o que caracteriza isonomia puramente formal, enquanto a igualdade na lei exige que, nas normas jurídicas, não haja distinções que não sejam autorizada pela própria constituição. Enfim, segundo essa doutrina, a igualdade perante a lei seria uma exigência feita a todos aqueles que aplicam as normas jurídicas gerais aos casos concretos, ao passo que a igualdade na lei seria uma exigência dirigida tanto àqueles que criam as normas jurídicas gerais como àqueles que as aplicam aos casos concretos”. José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 215.

²³ Nesse sentido cf. Robert Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais...*, pp. 393 e ss.

²⁴ “A igualdade formal, que está na origem histórica liberal do princípio, impede a hierarquização entre pessoas, vedando a instituição de privilégios ou vantagens que não possam ser republicanamente justificadas. Todos os indivíduos são dotados de igual valor e dignidade. O Estado, portanto, deve agir de maneira impessoal, sem selecionar indevidamente a quem beneficiar ou prejudicar. A igualdade material, por sua vez, envolve aspectos mais complexos e ideológicos, de vez que é associada à idéia de justiça distributiva e social: não basta equiparar as pessoas na lei ou perante a lei, sendo necessário equipará-las, também, perante a vida, ainda que minimamente”. Luís Roberto Barroso. *O Constitucionalismo Democrático no Brasil: Crônica de um sucesso Imprevisto. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e*

Isto porque a expressão tem a intenção de exigir a igualdade somente na norma, proibindo tratamento desigual aos iguais, ou seja, direito do indivíduo de não ser desigualado pela lei em situações iguais ou semelhantes. Mas, esse conceito apenas concretiza no plano prático a igualdade. Não traz garantia nenhuma de não discriminação nas diversas questões de uma sociedade.

Não obstante, com o advento do estado social, caracterizado por movimentos que buscavam o combate das desigualdades sociais e a garantia dos direitos fundamentais, a ideia de igualdade formal, que já não se sustentava, deu espaço para uma nova forma de pensar a igualdade, surgindo então o conceito de igualdade material²⁶.

Brevemente podemos dizer que o conceito de igualdade material vai além da igualdade perante a lei, ou seja, a igualdade formal²⁷, uma vez que não basta só o texto

prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 02. Nesse sentido, cf. Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. II, tomo IV, 1ª Ed., Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 298; Jorge Costa. *Direito como Instrumento para igualdade de Homens e Mulheres: Meios de Tutela do Direito*. In Ex Aequo: *Revista da Associação Portuguesa de Estudo Sobre as Mulheres*. Nº 10, 2004, p. 71.

²⁵ É nesse entendimento que José Afonso da Silva exemplifica a experiência brasileira enquanto igualdade somente na lei. “Nossas constituições, desde o império, inscreveram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, enunciando que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5º, caput, não deve ser assim tão estreita. O interprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais, conforme apontamos supra e, especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social”. *Curso de Direito Constitucional...*, pp. 214-215.

²⁶ Trazendo uma transcrição do pensamento de Bobbio com relação à evolução do conceito de igualdade que, para este autor, qualquer superação na interpretação já é um grande passo para a história da humanidade. Vejamos: “A Tendência no sentido de uma igualdade cada vez maior, como já havia observado ou temido Tocqueville no século XIX, é irresistível; o igualitarismo, apesar da aversão e da dura resistência que suscita em cada reviravolta da história, é uma das grandes molas do desenvolvimento histórico. A igualdade entendida como equalização dos diferentes é um ideal permanente e perene dos homens vivendo em sociedade. toda superação dessa ou daquela discriminação é interpretada como uma etapa do progresso da civilização”. Norberto Bobbio. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995, p. 43; Nas palavras de Guerra Filho: “A impotência do constitucionalismo de Weimar diante da ascensão nacional-socialista é a prova cabal, que nos fornece a história, da insuficiência de uma Carta Fundamental que apenas consagre direitos fundamentais, sem fornecer os meios judiciais para sua defesa e implementação.” *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 100.

²⁷ “Reduzindo a um sentido formal, o princípio da igualdade acabaria por se traduzir num simples princípio de prevalência da lei em face da jurisdição e da administração. Consequentemente, é preciso delinear os contornos do princípio da igualdade formal não seja relevante nem seja correcto. Realça-se apenas o seu carácter tendencialmente tautológico, “uma vez que o cerne do problema permanece irresolvido, qual seja, saber que, são os iguais e quem são os desiguais”. JJ Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição...*, p. 427. Nesse sentido, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 214; Jorge Reis Novais. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa...*, p. 103; Konrad Hesse. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998, p. 330.

escrito positivando a igualdade dos indivíduos. Além disso, o Estado deve promover agora medidas concretas que possam garantir oportunidades e a realização do direito²⁸.

Assim, o princípio de igualdade atingiu uma concepção de justiça em que se entende que há tratamento desigual para os que se encontram em situação de desigualdade, tendo como finalidade consolidar uma real efetividade da igualdade²⁹. Versa, portanto, de tratamento com base em disposições legais, com a aspiração de propiciar a igualdade em situações ou grupos específicos, os quais necessitem de uma proteção maior, minimizando assim as diferenças³⁰.

Podemos perceber que a concretização da igualdade, agora no seu conceito material, não é uma tarefa fácil e não será realizada rapidamente, no entanto, para tal o Estado tem o papel fundamental de executar a proteção da igualdade, por meio eficaz do controle de diferenças e, conseqüentemente, o amparo do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o Estado, por meio de políticas públicas, deve promover ações concretas direcionadas aos grupos desfavorecidos³¹. É por esse motivo que as constituições sociais são atualmente marcadas em diversos artigos pelo compromisso em equilibrar as desigualdades sociais³².

²⁸ “Um sentido de igualdade material, que a própria lei deverá propor-se, há-de continuar a realizar-se, construtivamente, na aplicação da lei e mesmo para além desta aplicação, em toda a realização concreta do direito. Não se trata da igualdade só perante a lei, mas de igualdade perante o direito”. Castanheira Neves. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais...*, p. 190.

²⁹ Dessa forma, vejamos trecho da lição Celso de Mello: “A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo assimilado pelos sistemas normativos vigentes. Em suma: dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes.” *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed., 8ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 10.

³⁰ “Não se trata mais de igualdade perante a lei, mas de igualdade feita pela lei e através da lei. A igualdade material não se oferece, cria-se; não se propõe, efetiva-se; não é um princípio, mas uma consequência. O conteúdo do direito a igualdade consiste sempre num compromisso positivo, num *facere*, num *dare*. A concretização desde direito só se faz possível com a intervenção dos Poderes Públicos.” Flávia Piovesan. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2005, p. 32. Nesse sentido, cf. Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 99.

³¹ Daniel Sarmiento. *Direito Constitucional e Igualdade Étnico-Racial*. In Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial/ Flávia Piovesan (Coord.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 66. Nesse sentido, “Os direitos são os mesmos para todos; mas, como nem todos se acham em igualdade de condições para o exercer, é preciso que essas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem”. Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional...*, p. 268.

³² Cf. Rafael Sastre Ibarreche. *La acción Positiva para las Mujeres en el Derecho Comunitario...*, p. 93.

1.2.2. Proibição do arbítrio, obrigação de diferenciação e proibição da discriminação

Para além da dimensão dos conceitos de igualdade formal e material, o conteúdo jurídico do princípio da igualdade seguiu por desencadear outras dimensões interpretativas, uma vez que a depender dos contextos históricos (liberais, democráticos, sociais), tal conceito progressivamente evoluiu³³³⁴.

A igualdade material, além da sua aceção de concretude do direito igualitário, surge à compreensão da *proibição do tratamento arbitrário*³⁵, isso significa que está impedido o uso de parâmetros injustos que violem a dignidade da pessoa humana, dado que o entendimento jurídico constitucional da igualdade se traduz na exigência de parâmetros proporcionais e justos em tratamentos desiguais³⁶.

O Direito pode fazer distinções entre pessoas em determinadas situações, utilizando o conceito de igual em dar tratamento desigual aos desiguais e é claro que dessa forma não estará cometendo nenhuma violação ao princípio da igualdade, pois se há motivos para um tratamento desigual, não haverá arbítrio³⁷.

³³ Por isso, Castanheira Neves ao se referir da evolução do princípio da igualdade afirma: “Só que é ele um daqueles princípios que, pela densa carga ideológica e axiológica que lhes vai imanente, não permanecem inalterados no seu sentido autêntico ao longo do tempo, apesar da constância das fórmulas, e antes terão de ser sempre compreendidos no contexto histórico e social em que se proclamem”. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos tribunais...*, p. 119.

³⁴ “Aceita-se, hoje, pacificamente, que o âmbito do princípio da igualdade comporta várias dimensões (...) abrange a proibição do arbítrio, a proibição de discriminação e uma obrigação de discriminação”. Catarina de Oliveira Carvalho. *Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho: Consequências práticas da dimensão da empresa na configuração das relações laborais individuais e colectivas*. Coimbra: Coimbra editora, 1ª Ed. 2011, p. 940. Nesse sentido, J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa anotada...*, p. 339.

³⁵ Sobre arbítrio trazemos um breve pensamento de Castanheira Neves: “O arbítrio é precisamente o contrário de justiça – e isto, já por ser ele a expressão de um impulso momentâneo, a imposição caprichosa a que falta sentido e consequência, constância e autovinculação, já por serem o juízo e a decisão arbitrários precisamente os que não se louvam numa concludente razão-de-ser, e a que vai, pois, ausente um fundamento material que lhes dê validade”. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais...*, p. 153.

³⁶ Cf. Ingo Wolfgang Salert; Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional...*, pp. 527–528; No mesmo sentido, Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional...*, p. 300; António de Araújo. *Cidadãos portadores de deficiência: O seu lugar na Constituição da República*. 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 107.

³⁷ Maria da Glória F.P.D. Garcia. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 62 e 64. A propósito da questão enfrentada cf., também, José Joaquim Calmon de Passos. *O princípio da não discriminação*. In *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*. Número 11 – setembro/outubro/novembro 2007 – Salvador – Bahia – Brasil, pp. 8 e 9. Robert Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais...*, p. 413. Vera Lúcia Raposo. *Os limites de igualdade: um enigma por desvendar (A utilização da discriminação positiva de Género no Direito do Trabalho)*. In *Igualdade dos Gêneros nas Relações de Trabalho*. Laís de Oliveira Penido (Coord.) Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 168. José Carlos Vieira de Andrade. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª Ed., Coimbra: Almedina, 2012, p. 289.

Ocorre sim violação do princípio quando houver um tratamento arbitrário de desigualdade, entre eles: a não fundamentação séria; falta de legitimidade; e fundamentação sem razoabilidade³⁸. Dessa forma, podemos dizer que o tratamento desigual deve partir de alguns parâmetros como a necessidade de distinção, a proporcionalidade e a razoabilidade³⁹.

A proibição do arbítrio tem como fundamento o princípio da igualdade, não sobre o aspecto de impedir que a lei estabeleça diferenciações, mas sim, de estabelecer distinções sem alegação relevante e justificação razoável⁴⁰.

O legislador não pode atuar arbitrariamente na sua função típica de legislar, criando leis sem haver específica e objetivamente uma fundamentação razoável, e, além disso, sem justificação para a distinção legal ou tratamento igual. Em resumo, a lei terá conteúdo arbitrário se não tiver uma direção e uma finalidade ou se instituir diferenças jurídicas sem argumento razoável⁴¹.

³⁸ Nesse sentido, Canotilho entende que quando houver uma desigualdade no tratamento, arbitrariamente, há violação do princípio da igualdade. Além disso, enumera alguns critérios que devem ser observados pela disciplina jurídica. Então, vejamos o trecho extraído da obra do Professor: “Existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade. Embora ainda hoje seja corrente a associação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio, este princípio, como simples princípio de limite, será também insuficiente senão transportar já, no seu enunciado normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade. Esta a justificação de o princípio da proibição do arbítrio andar sempre ligado a um fundamento material ou critério material objectivo. Ele costuma ser sintetizado da forma seguinte: existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável”. JJ Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição...*, pp. 428-429. Para Maria da Glória F.P.D. Garcia: “O princípio da igualdade condena e repudia o tratamento arbitrário da realidade, fundado na ausência de um motivo razoável ou suficiente”. *Estudos sobre o princípio da igualdade...*, p. 17.

³⁹ “A concepção de objetividade e de valores relativamente aos direitos fundamentais fez com que o princípio da igualdade tanto quanto o da liberdade tomassem também um sentido novo, deixando de ser mero direito individual que demanda a doutrina e a jurisprudência do constitucionalismo alemão, uma dimensão objetiva de garantia contra atos de arbítrio do Estado”. Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 568-569.

⁴⁰ Em nota, advertimos que há críticas e discordâncias em relação à proibição do arbítrio no que toca ao princípio da igualdade, porém, como a nossa intenção neste trabalho não versa em aprofundar essa temática, *vide*, com mais detalhamento e aprofundada fundamentação, o livro de Fernando Alves Correia. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina. 2001, pp. 422-426.

⁴¹ “Por outras palavras: o princípio da igualdade não deve nem pode ser interpretado em termos absolutos, impedindo nomeadamente que a lei discipline diversamente quando diversas são as situações que o seu dispositivo visa regular. Mas, inversamente há violação do princípio igualdade quando o legislador estabelece distinções discriminatórias. Assim é quando tais distinções são materialmente, quando assentem em motivos que não oferecem carácter objectivo e razoável; isto é, quando o preceito em apreço não apresenta qualquer fundamento material razoável”. Trecho retirado do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 44/84 (Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840044.html>). Nesse sentido,

Outra dimensão do princípio da igualdade é a concepção da *obrigação de diferenciação*, que consiste em um tratamento distinto com o objetivo de compensar uma determinada desigualdade. Isso implica na obrigação do Estado em extinguir as desigualdades no âmbito social, cultural e econômico.

Assim, podemos dizer que é uma acepção extensiva da vinculação legisladora do princípio da igualdade material, pois busca a efetivação de oportunidades possíveis para todos ou, pelo menos, de compensação⁴².

Essa vinculação ao legislador não é exclusivamente para obrigá-lo a conferir um tratamento de igualdade em circunstâncias iguais ou em situações de desigualdade, não tem o condão da simples função de legislar de acordo com o conceito de igualdade formal, mas, também, de trazer um meio eficaz para as situações de desigualdade reais, legitimando assim um tratamento igualitário de acordo com a justiça.

E, por fim, a dimensão da *proibição de discriminação*, protegida pelo direito da igualdade, vem num sentido de resguardar certas situações, visto que, o meio discriminatório não é uma finalidade amparada pelo direito⁴³.

A discriminação é contrária aos direitos fundamentais, pois a distinção feita não tem um tratamento justificado. Dessa forma, partindo da ideia de garantia dos direitos fundamentais dirigidos para todos os indivíduos, sem distinções, uma vez que se constitui um direito fundamental não ser discriminado⁴⁴.

segue indicações de jurisprudências portuguesas sobre a questão da proibição do arbítrio. Cf. Ac. TC 44/84; Ac. TC 186/90; Ac. 187/90; Ac. TC 188/90.

⁴² V. Castanheira Neves. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos tribunais...*, p. 135.

⁴³ “Cuidar do princípio de não discriminação envolve, necessariamente, a reflexão sobre o princípio da igualdade. Discriminar, que vernaculamente significa diferenciar, distinguir, estabelecer diferença, importa, para revestir-se de conteúdo negativo, que se pressuponha um veto a esse procedimento, vale dizer, que em última análise, se traduz, positivamente, na obrigatoriedade de se dispensar a todos igual tratamento. Esse estreito nexo entre não discriminação e igualdade se percebe de imediato quando se lê qualquer trabalho versando o princípio da igualdade em verdade, neles só se logra defini-la mediante as determinações das discriminações desautorizadas.” José Joaquim Calmon de Passos. *O princípio da não discriminação...*, p. 01.

⁴⁴ Temos como conceito de discriminação o exemplo do artigo 1º da Convenção Internacional para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1968), que diz que “Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação racial” significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública”.

Portanto, a proibição de discriminação tem como base a proibição de distinções que se fundam em categorias subjetivas dos cidadãos⁴⁵, dado que, quando são feitas distinções em determinadas situações, estas devem ser feitas objetivamente, com uma finalidade legítima de acordo com a ordem constitucional e quando denotem serem indispensáveis, apropriadas e proporcionais para assim alcançar os objetivos pretendidos⁴⁶.

Por exemplo, em questões discriminatórias por razão de idade “para que o empregador possa realizar uma discriminação em razão da idade que não seja considerada discriminatória e proibida tem de começar por provar a existência de objetivo legítimo em relação à finalidade pretendida, tendo em atenção que, segundo a Diretiva, são incluídos objetivos legítimos de política de emprego, do mercado de trabalho e de formação profissional”⁴⁷.

No âmbito do direito internacional a Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia dos Direitos do Homem), trata da proibição de discriminação no artigo 14º, segundo a qual, “o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção de ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou qualquer outra situação”⁴⁸.

Um grande aliado da concretização do princípio da igualdade na União Europeia é o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Este Tribunal já conseguiu “transformar a obrigação negativa de não discriminação, numa obrigação para assegurar o respeito pelo princípio da igualdade nas várias esferas da vida social”⁴⁹. Essa concretização na esfera jurídica, atualmente se faz necessária, uma vez que os Estados, mesmo que tenham a obrigação de promover a igualdade, muitas vezes são os culpados por desenvolver situações em que hajam distinções⁵⁰.

⁴⁵ V. Ingo Wolfgang Salert; Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional...*, V. também Cláudia Lima Marques; Bruno Miragem. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 112.

⁴⁶ J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa anotada...*, p. 340.

⁴⁷ Teresa Coelho Moreira. *Igualdade e não discriminação: Estudos de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 40 (Devemos esclarecer que o exemplo exposto e extraído do livro *supra* citado, a autora quando trata de diretiva está se referindo à diretiva 2000/78/CE).

⁴⁸ Para além da CEDH, destacamos o art. 2º, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o art. 21º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que trazem conceitos da proibição à discriminação.

⁴⁹ Dulce Lopes. *A jurisprudência do tribunal europeu dos Direitos do Homem vista à luz do princípio da não discriminação*. In Julgar Lisboa, nº 14, 2011, p. 47.

⁵⁰ “A atenção das instituições internacionais é justificada porque, sendo os princípios da igualdade e da não discriminação parâmetros jurídicos da igualdade e da não discriminação parâmetros jurídicos que fazem parte integrante do corpo do direito internacional e europeu dos Direitos do Homem, não é suficiente, nem

Diante do Princípio da não de discriminação surgem três concepções: a *discriminação direta*, *discriminação indireta* e a *discriminação positiva*. Em resumo, podemos conceituar como discriminação direta, a distinção de tratamentos abertamente praticados. A discriminação indireta é aquela que surge de forma oculta, mas que tem efeitos discriminatórios⁵¹. E, por fim, a discriminação positiva é a distinção feita positivamente para determinados grupos.

A *discriminação direta* é aquela que o princípio da não discriminação veda, proíbe totalmente, pois é praticada abertamente, sem fundamentação. É o caso das “leis que preveem diferentes tratamentos para indivíduos em situação semelhante, em função da raça ou do sexo”⁵². Isto é, a discriminação direta é caracterizada quando uma lei cria distinções visivelmente vedadas e, conseqüentemente, produzindo efeitos discriminatórios⁵³.

A *discriminação indireta* ocorre quando uma medida tem efeitos desproporcionalmente discriminatórios em um grupo, devendo ser considerada

desejável, deixar a sua concretização meramente aos Estados, não só porque as concepções sobre igualdade vigentes no plano interno podem não corresponder às exigências do direito internacional, mas também porque são muitas vezes aqueles Estados os responsáveis pela criação ou manutenção de situações de discriminação.” Dulce Lopes. *A jurisprudência do tribunal europeu dos Direitos do Homem vista à luz do princípio da não discriminação...*, p. 48.

⁵¹ Nesse contexto destacamos a Diretiva 2000/78/CE, que trata da definição de discriminação direta e indireta, no Art.2º, nº 2: a) “Considera-se que existe discriminação directa sempre que, por qualquer dos motivos referidos no artigo 1.º, uma pessoa seja objecto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável”; b) “Considera-se que existe discriminação indirecta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja susceptível de colocar numa situação de desvantagem pessoas com uma determinada religião ou convicções, com uma determinada deficiência, pessoas de uma determinada classe etária ou pessoas com uma determinada orientação sexual, comparativamente com outras pessoas, a não ser que: i) essa disposição, critério ou prática sejam objectivamente justificados por um objectivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários, ou que, ii) relativamente às pessoas com uma determinada deficiência, a entidade patronal, ou qualquer pessoa ou organização a que se aplique a presente directiva, seja obrigada, por força da legislação nacional, a tomar medidas adequadas, de acordo com os princípios previstos no artigo 5.o, a fim de eliminar as desvantagens decorrentes dessa disposição, critério ou prática”. Também o Código do trabalho português absorve os conceitos da discriminação direta e indireta tratados na diretiva 2000/78. Para maiores aprofundamentos do tema, cf. Teresa Coelho Moreira. *Igualdade e não discriminação: Estudos de Direito do Trabalho...*, p. 35.

⁵² Mariana Canotilho. *Brevíssimos apontamentos sobre a não discriminação no direito da União Europeia*. In *Julgar Lisboa*, nº 14, p. 107.

⁵³ Para maiores aprofundamentos, cf. Maria Manuela Maia da Silva. *A discriminação sexual no mercado de trabalho. As questões mais polémicas. Uma reflexão sobre a repercussão das discriminações directas e indirectas*. In *Dereito, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 9, nº 2, 2000, p. 164. E, no mesmo sentido, Sergio Gamonal Contreras. *El Principio de no Discriminación por Razones de Sexo en Materia Laboral*. In *Igualdade dos Gêneros nas Relações de Trabalho*. Laís de Oliveira Penido (Coord.) Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 147 e ss.

discriminatória ainda que a intenção desta não tenha sido a de discriminar aquele grupo⁵⁴. Assim, a discriminação indireta acontece quando uma norma tem critérios com aparência imparciais, mas que os seus efeitos causam discriminação, diferentemente do que ocorre com a discriminação direta, que tanto os critérios como os efeitos são visivelmente discriminatórios⁵⁵.

Já a *discriminação positiva* é como se fosse uma evolução da discriminação direta e indireta, isto porque ela é uma acepção trazida a partir da igualdade material que, para a concretização do princípio da igualdade, tem-se que discriminar diretamente determinadas minorias, dentre elas, raciais, éticas, culturais e, quem sabe, econômicas. “O que não deixa de ser paradoxal, já que se pretende obter a igualdade pela desigualdade ou pela discriminação. Tal paradoxo justifica-se na medida em que as acções positivas se fundam na necessidade de, ainda que provisoriamente, adoptar medidas materiais para repor (algum) equilíbrio de desigualdade real”⁵⁶. Assim, podemos dizer que a discriminação positiva é compatível com o princípio da igualdade, mais especificamente com a igualdade material, pois ações afirmativas ampliam os conceitos de igualdade de oportunidades e o princípio da não discriminação⁵⁷⁵⁸.

Por fim, podemos concluir, a partir de todos esses conceitos e dimensões do princípio da igualdade tratados até então, porquê a ordem jurídica se baseia na igualdade.

⁵⁴ Esse conceito foi retirado do artigo de Dulce Lopes que extraiu um trecho do Acórdão Hugh Jordan contra Reino Unido, de 4 de Maio de 2001 (queixa nº 24 746/94), “*where a general policy or measure has disproportionately prejudicial effects on a particular group, it is not excluded that this may be considered as discriminatory notwithstanding that it is not specifically aimed or directed at that group*”. *A jurisprudência do tribunal europeu dos Direitos do Homem vista à luz do princípio da não discriminação...*, p. 56.

⁵⁵ Esses tipos de discriminação em muitos momentos não são fácies de diferencia-los, “por vezes, a norma não se refere *expressis verbis* a qualquer diferenciação constitucional e legalmente proibida, o que parece indicar uma discriminação indirecta. Porém, o critério definidor da discriminação directa não deverá assentar na referência categórica ao critério de diferenciação, mas sim na produção de um resultado que afecte única e exclusivamente determinado círculo subjectivo”. Vera Lúcia Raposo. *O poder de Eva...*, p. 302. No mesmo sentido, António de Araújo. *Cidadãos portadores de deficiência: O seu lugar na Constituição da República...*, pp. 111-112.

⁵⁶ Tove Stang Dahl. *O Direito das Mulheres: uma introdução à teoria do direito feminista...*, p. 08.

⁵⁷ Jorge Costa. *Direito como Instrumento para igualdade de Homens e Mulheres...*, p. 62.

⁵⁷ Jane Hodges-Aeberhard. *Affirmative action in employment: Recent court approaches to a difficult concept*. In LOUTFI, M. (ed.) *Women, Gender and Work*. OIT, 2001, pp. 441-468.

⁵⁸ “Na esfera da jurisprudência do STF, a noção da discriminação indireta e a sua incompatibilidade com o principio isonômico já foi objeto de consideração, destacando-se a decisão proferida na ADIn 1946/DF, na qual, ao examinar a constitucionalidade da incidência do limite estabelecido para os benefícios previdenciários pela EC 20 sobre o salario maternidade, o Tribunal entendeu que em virtude da aplicação do referido teto quem passaria a arcar com a diferença salarial seria o empregador, o que, por sua vez, levaria a uma redução da oferta de empregos (ou seja, a um impacto desproporcional) para mulheres, em outras palavras, levaria a um aumento da discriminação contra a mulher no mercado de trabalho”. Ingo Wolfgang Salert. Luiz Guilherme Marinoti; Daniel Mitidieri. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 540.

Não porque todos os sujeitos são iguais e devem receber o mesmo tratamento indistintamente. Esse tratamento, como já vimos, é incompatível com a atual interpretação do princípio da igualdade. A igualdade sempre dependerá de critérios que estabeleçam distinções⁵⁹. Para a teoria constitucional da igualdade esses critérios de diferenciações estão determinados nas Constituições e todos tem a mesma valoração⁶⁰

⁵⁹ Nesse pensamento, Reinhold Zippelius considera que “sempre surge a questão sobre o que deve ser considerado, do ponto de vista da regulamentação respectiva, como essencialmente igual ou desigual, ou seja, qual diferença poderia justificar ou até mesmo exigir um tratamento diferente. Aquele que quer tratar pessoas ou fatos de formas diferentes, deve procurar justificar essa decisão com razões capazes de obter um consenso.” *Introdução ao estudo do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 47.

⁶⁰ Ronald Dworkin. *Is democracy possible here? (principles for a new political debate)*. Princeton: Princeton University Press, 2006, pp. 96-97.

CAPÍTULO II - A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO COMO PROTEÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Certamente não há exagero em afirmar que o conteúdo do princípio da igualdade passou por um conjunto de transformações dando ensejo para o surgimento das dimensões que dão uma aplicabilidade para esse princípio⁶¹.

Em resumo, essas modificações ocorrem desde a igualdade formal, a qual sofreu, quanto ao aspecto conceitual, uma evolução para a igualdade material. O que se esperava era a realização da igualdade, entretanto, a lei ao tratar estritamente todos de igual forma não conseguia resolver os problemas inerentes ao princípio igualitário, somente aumentando as desigualdades. Isto se deve ao fato de que os homens não são iguais, não podendo assim, dar-se tratamentos iguais sem exceção. Portanto, o conceito de materialidade da igualdade surge para somar-se à interpretação da igualdade na lei, trazendo ideias de tratamento desigual na medida das diferenças.

Admitindo-se o conceito de igualdade material na perspectiva das diferenças entre homens, surge, ainda, outro conceito, o do princípio da não discriminação. Esse princípio objetiva proibir e combater tratamentos discriminatórios sem fundamento, adicionando aos instrumentos normativos tal vedação e dispondo da concepção de não discriminação como uma das formas de concretização material para o alcance da igualdade⁶².

⁶¹ Tais princípios são estruturantes para as ordens jurídicas desde o surgimento do constitucionalismo moderno, após as revoluções liberais. Mesmo que essas dimensões não sejam pacíficas no seio da doutrina, é indiscutível a importância dos princípios atualmente nas democracias. “Também se evidencia ele em termos de direito positivo constitucional. Podemos observar que em todas as Constituições disciplinam-se conjuntamente, numa mútua implicação inafastável, tanto o princípio da igualdade quanto o de não discriminação. Assim está no art. 13º da Constituição Portuguesa de 1976, na Constituição Japonesa de 1946 (art.14º), na Constituição Italiana de 1947 (art. 3º), na Lei Fundamental da Alemanha Ocidental, de 1949 (art. 3º), na Constituição Espanhola, de 1978 (art. 14º) para citar apenas estas.” José Joaquim Calmon de Passos. *O princípio da não discriminação...*, p. 01.

⁶² “Eis o intrincado percurso escalado pela igualdade: destruiu a desigualdade legalmente instruída, que atribuía privilégios fundados na ordem social ou na riqueza, implementando um tratamento igual (ainda que apenas formalmente) para todos os cidadãos e abdicando da consideração de quaisquer características suas que no passado os pudessem ter desfavorecido; mais tarde, defrontada com as gritantes desigualdades que subsistiam, instruiu uma igualdade mais efectiva, dita material, que não teme reconhecer as diferenças entre cidadãos e com base nelas conferir-lhe tratamentos diferenciados; por fim, atendeu a essas diferenças não só para diferenciar, mas, mais do que isso, para beneficiar, de modo a superar os *handicaps* que historicamente lhe impuseram estatutos sócio-jurídicos desiguais, inferiores, discriminadores e, em última instância, perturbadores da sua dignidade enquanto seres humanos. O direito igualitário passou assim a direito antidiscriminatório.” Vera Lúcia Raposo. *Os limites de igualdade...*, p. 171.

O título do capítulo nos leva a refletir sobre a importância do princípio não discriminatório, porém, devemos destacar que tal princípio não substitui a noção de igualdade tendo em conta que o princípio da igualdade é mais amplo e, assim, o princípio não discriminatório é apenas um dos efeitos para o desenvolvimento da igualdade fática⁶³.

2.1. Análise de algumas características protegidas

Após as compreensões tratadas até agora, as quais foram necessárias para fundamentar as dimensões conceituais que o princípio da igualdade ganhou nos últimos tempos, bem como as questões práticas da implementação dos conceitos desenvolvidos no capítulo anterior em alguns dos destinatários (ou sujeitos) caracterizados pelo tipo de discriminação sofrida⁶⁴, a implementação que traremos agora terá como base não apenas os conceitos, mas sim, a fundamentação a partir de documentos internacionais e regionais de alguns países. A seguir dividimos em tópicos para tratar, de gêneros, raça e deficientes físicos.

2.1.1. Igualdade dos gêneros

Fazer diferenciação de pessoas em razão do gênero não é uma novidade e é uma prática reiterada nas sociedades⁶⁵. É verdade que a questão de igualdade de gêneros liga-se diretamente com a mulher, isto porque, historicamente, a mulher é uma figura que representa inferioridade em vários âmbitos, tais como, físicos, psicológicos e morais⁶⁶.

⁶³ Nesse sentido, consultar o artigo de Vera Lúcia Raposo que trata detalhadamente dessa diferenciação entre ambos os princípios. *Os limites de igualdade...*, pp. 166 e ss.

⁶⁴ Para efeitos deste trabalho, trataremos como “características protegidas” para os sujeitos relacionados à questão de gênero, de raça e de deficiência física, porém, deixamos claro que há outros critérios já discutidos, como para Dulce Lopes que sistematiza como critérios suspeitos de discriminação, se utilizando do art. 14º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que as questões mais recorrentes de discriminação, quais sejam: sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas, a origem nacional ou social, pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento. *A jurisprudência do tribunal europeu dos Direitos do Homem vista à luz do princípio da não discriminação...*, pp. 60–70. Cf., também, Teresa Pizarro Beleza; Helena Pereira de Melo. *Discriminação e contra-discriminação em razão da orientação sexual no direito português*. In Revista do Ministério Público, ano 31, nº 123, jul-set 2010, pp. 5-57. Felipe González. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: avanços e desafios*. In *Revista Direitos Humanos*, nº 6, set., 2010, p. 38.

⁶⁵ Como destaca Jorge Costa, “Na verdade a discriminação assente na desigualdade de oportunidades, nas diferenças materiais, sociais e culturais, e incisivamente baseada na diferença de gênero, faz parte do nosso cotidiano.” *Direito como Instrumento para igualdade de Homens e Mulheres...*, p. 62.

⁶⁶ Com relação a temática de igualdade de gêneros, cf. Virginia Ferreira. *Estudos sobre as mulheres em Portugal: a Construção de um Novo Campo Científico*. In *ex aequo*, 5, 2001, p. 15; Teresa Pinto. *História das Mulheres e do Gênero: Uma Progressiva Presença do Institucional de Dúbia Legitimação Acadêmica*.

O reconhecimento de muitos direitos para as mulheres custou um longo período de lutas, porém, a plenitude dos direitos ainda está longe de ser alcançado, isto porque os preconceitos e discriminações ainda persistem, causando-lhes impacto no cotidiano e, principalmente, na realização dos direitos, sejam eles civis, políticos, trabalhistas, entre outros.

O processo de inclusão do direito a igualdade de gênero passou por diversas transformações nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo, pois o direito era também discriminatório para com os direitos das mulheres, fundamentando-se em questões religiosas e biológicas para afirmar a diferença entre homens e mulheres.

No Direito Português, por exemplo, até 1974, identificam-se diversas formas de tratamentos discriminatórios, impedimento de exercer a magistratura, proibição de exercer cargos e funções de chefia na Administração Pública, “a proibição legal do exercício feminino de certas profissões, como a magistratura, a faculdade do marido poder rescindir livremente o contrato de trabalho de mulher casada, ou o dever, por parte desta, do cumprimento do trabalho doméstico”⁶⁷.

No Brasil, no Código Civil de 1916, a mulher era incluída no rol dos relativamente incapazes. “São incapazes relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: II – as mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal” (art. 6º, II)⁶⁸. Outro exemplo de discriminação é o direito ao sufrágio que somente em 1932 com a edição do Código Eleitoral passou a poder ser exercido pelas mulheres.

A jurisprudência norte-americana tem uma ampla sequência de casos controvertidos na Suprema Corte, com entendimentos visivelmente discriminatórios e contrários ao Princípio da Igualdade entre homens e mulheres e, mais ainda, decisões que datam de algumas décadas atrás, vejamos o resumidamente⁶⁹.

In ex aequo, 15, 2007, p. 141; Sabine Hark. *Magical Sign: On the Politics of Inter-and Transdisciplinarity*. In Graduate Journal of Social Science, 4, nº 2, 2007, pp. 11–33; Isabel Maria Casimiro e Ximena Andrade. *Investigação Sobre Mulher e Género no Centro de Estudos Africanos*. In Estudos Moçambicanos, nº 21, 2005, pp. 7-27; Manuela Tavares. *Feminismos em Portugal*. Lisboa: Texto Editora, 2011; Maria do Mar Pereira. *A Institucionalização dos Estudos sobre as Mulheres, de Género e Feministas em Portugal no Século XXI: Conquistas, Desafios e Paradoxos*. In Faces de Eva: Estudos Sobre a Mulher, nº 30, Edições Colibri/Universidade Nova de Lisboa, 2013, pp. 37-53; Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional...*, pp. 277–279.

⁶⁷ Maria Lúcia Amaral. *Um Povo de Homens e de Mulheres em País de Constituição Débil*. In ex aequo, nº 10, 2004, p. 20.

⁶⁸ Essa legislação só foi alterada em 1962 com a Lei nº 4.121, mesmo sendo expressamente contrária a Constituição vigente na época de 1934, que já positivava a igualdade entre todos.

⁶⁹ Para traçar um recorte na evolução do direito das mulheres, e das discriminações sofridas por elas, trazemos esse resumo das decisões norte-americanas sobre questões de discriminações em razão do gênero.

Em 1873, a validade pela Suprema Corte a Lei Estadual da norma que vetava o exercício da advocacia por mulheres, sendo assim, profissão exclusiva de homens (BRADWELL v. STATE (1873)); a validade da norma estadual que excluía o direito de voto das mulheres, tendo havido mudança apenas em 1920 com a emenda nº 19 (MINOR v. HAPPGRSETT (1875)); a validade da Lei Estadual de Oregon que proibia que as mulheres trabalhassem mais de 10 horas diárias (MULLER v. OREGON (1908)); a validade da Lei Estadual de New York que proibia o trabalho feminino em restaurantes públicos entre as 22h e as 06h (RADICE v. NEW YORK(1924)); a validade da Lei Estadual que proibia a mulher de receber licença para vender bebidas alcoólicas em estabelecimentos comerciais ou trabalhar em bares públicos (GOESAERT v. CLEARY (1948)); a validade da Lei Estadual alusiva à composição do tribunal do júri popular ser feita por homens, havendo uma exceção da participação feminina nos casos em que tivesse um pedido de inclusão formalizado ao tribunal, só vindo a mudar este entendimento em 1975 (HOYT v. FLORIDA(1961)).

Essa discriminação judicial só se alterou em meados dos anos 70 com a declaração de inconstitucionalidade da Suprema Corte da norma que fixava a atribuição ao cônjuge homem da administração dos bens deixados por filhos falecidos aos pais. Nesse caso, foi utilizado expressamente o princípio da *equal protection of the laws*, uma vez que a lei tratava desigualmente pessoas com a mesma situação, somente por motivo de ser do gênero feminino (REED v. REED (1971)). A Suprema Corte aceitou o pedido requerido por professoras para invalidar o regulamento escolar que tratava da licença de maternidade sem remuneração, licença essa dada vários meses antes do parto (CLEVELAND BOARD OF EDUCATION v. LA FLEUR (1974)); a invalidade da Lei Estadual que fixava limites diferentes para a maioridade, sendo para mulheres aos 18 anos e para homens aos 21 anos (STANTON v. STANTON (1975))⁷⁰.

A incorporação dos valores da igualdade de gênero até nos sistemas jurídico na sua plenitude foi um processo lento, mesmo que na ótica do direito internacional ou até mesmo Constitucional, a jurisprudência e as leis infraconstitucionais, continuavam a

Todas as decisões em sequencia foram retiradas do livro do Professor Carlos Roberto Siqueira Castro. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais...*, pp. 395-397.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 397-400.

estabelecer tratamentos discriminatórios, mas é a partir do século XX, o Direito sofre uma significativa evolução, desencadeando um processo de grandes alterações nas legislações⁷¹.

2.1.1.1. O atual sistema jurídico em matéria igualdade de gênero

O século XX é marcado por uma grande evolução para os direitos humanos das mulheres, através de documentos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) que trata *todos os seres humanos iguais*, internacionalizando o pensamento de igualdade entre homens e mulheres⁷².

Abordando uma ótica do direito internacional a proteção e o desenvolvimento dos direitos das mulheres conta com um documento fundamental considerado como o documento mais importante para a proteção das mulheres, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979⁷³, que promove no seu artigo 4º, parágrafo 1, “medidas especiais temporárias voltadas para o aceleração de fato da igualdade entre homens e mulheres não devem ser considerada discriminação, conforme definida na presente convenção, mas não devem de maneira alguma acarretar a manutenção de padrões desiguais ou diferentes”⁷⁴.

A convenção tem como objetivo central a obrigatoriedade de erradicar toda e qualquer forma de discriminação contra a mulher e garantir a igualdade. Aplicando dessa forma duas dimensões para a convenção: “a) a vertente repressiva-punitiva, voltada à

⁷¹ No direito norte-americano tais evoluções nas legislações são facilmente identificadas, para maiores aprofundamentos normativos, cf., *laws enforced by EEOC (Equal Employment Opportunity Commission)*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/laws/statutes/index.cfm>>

⁷² Para além dos documentos de jurídicos o final do século XIX e o início do século XX, tem como marco histórico de diversas lutas e formações de organizações que contribuíram e contribuem para o desenvolvimento dos direitos humanos para as mulheres, como por exemplo, o Conselho Internacional das Mulheres (1888); Comissão Interamericana sobre as Mulheres (1928) e Comissão para o Estatuto da Mulher das Nações Unidas (1946); Ano Internacional da Mulher (1975); Conferencias mundiais sobre a mulher, México (1975), Copenhaga (1980) Nairobi (1985) e Beijing (1995); Década da Mulher (1976-1985).

⁷³ Tal convenção só entra em vigor em 18 de Dezembro de 1981. Até 2012, 187 Estados já haviam ratificado. Portugal em 24 de Abril de 1980 assinou a convenção, sendo ratificada pela lei n.º 23/80. No Brasil, o Congresso Nacional ratificou a assinatura, com algumas reservas, em 1984. Tais reservas foram suspensas em 1994 pelo decreto legislativo nº 26. Promulgada por meio do decreto no. 4.377, de 13 de setembro de 2002.

⁷⁴ Ainda na ótica internacional merecem destaques: A Declaração de Direitos Humanos de Viena (1993) e A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994).

proibição da discriminação e b) a vertente positiva-promocional, voltada à promoção da igualdade⁷⁵.

Essa convenção criou o Comitê sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres. Os países que ratificaram a convenção passaram a ficar obrigados a entregar relatórios periódicos a esse comitê. Na convenção há, também, vários artigos relacionados aos direitos civis, políticos, sociais e econômicos, além de questões relacionadas à vida da mulher em uma sociedade que a subordina em diversos setores.

A União Europeia tem como base jurídica, o Tratado de Funcionamento da União Europeia que consagra o princípio da igualdade no âmbito da remuneração igualitária entre homens e mulheres (art. 157º do TFUE)⁷⁶, além do Tratado da União Europeia que promove como objetivo da União a igualdade de gêneros (arts. 2º e 3º, nº 3, do TUE). Outro documento que consagra, mais uma vez, o direito a igualdade entre homens é a Carta dos Direitos Fundamentais tendo como base o combate de toda a forma de discriminação entre sexo (arts. 23º e 33º) e, igualmente, o Pacto Europeu para a Igualdade entre Homens e Mulheres aprovado pelo Conselho Europeu em 2006.

Ainda como fonte secundária da União Europeia, as Diretivas demonstram a evolução da proteção dos direitos igualitários de gênero⁷⁷. Entre elas algumas merecem destaque, como a Diretiva 2006/54/CE que tem uma importância fundamental⁷⁸, pois instaura o Princípio da Igualdade de tratamento entre homens e mulheres no âmbito do trabalho e emprego, além da reafirmação dos conceitos de discriminação direta e indireta e a definição de assédio e de assédio sexual, tendo reforçado as sanções em casos de discriminação e a promoção dos Estados-Membros nos organismos responsáveis para a concretização de igualdade de gêneros⁷⁹.

⁷⁵ Flávia Piovesan. *Direitos Humanos das Mulheres no Brasil: desafios e perspectivas*. In A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 207.

⁷⁶ V. artigos do TFUE: Eliminação pela UE as desigualdades e promoção da igualdade entre homens e mulheres em todas as atividades (art. 8º); Adoção de legislação específica para o combate de a discriminação, particularmente, em razão do sexo (art. 19º); combate de tráfico de seres humanos (art. 79º e 83º); Amplitude da igualdade na matéria de emprego e trabalho (art. 153º) e trata da erradicação da violência contra as mulheres (art. 168º).

⁷⁷ Cf. Maria do Rosário Palma Ramalho. *Igualdade de Género e Direito Comunitário – Notas Breves*. In Ex aequo nº 10, 2004, p. 55.

⁷⁸ V. Fernanda Santos. (Coord. e elab.). *A Igualdade de Género em Portugal*. Lisboa: Comissão para Cidadania e a Igualdade de Género, 2012.

⁷⁹ Nesse contexto, atualmente o Parlamento Europeu defende a revisão da diretiva no âmbito da discriminação salarial entre homens e mulheres. Cf. a resolução do Parlamento de 24 de maio de 2012, disponível em:

No ordenamento jurídico português, a Constituição Portuguesa destaca, em vários momentos, alguns artigos no âmbito da igualdade⁸¹. O artigo 13º é a referência fundamental do Princípio da igualdade na CRP. Esse artigo trata de dois conceitos: primeiro, afirma a igualdade entre todos os cidadãos (art. 13º, nº 1)⁸², enquanto que o segundo conceito é a proibição de discriminação (art.13º, nº 2)⁸³. No entanto, é no artigo 9º, alínea d), que a promoção da igualdade entre homens e mulheres é tratada diretamente, demonstrando o desejo de efetivação pelo Estado do bem-estar social e, por assim dizer, a efetivação da igualdade material, destacando na alínea h) do mesmo artigo, os termos “homens e mulheres”.

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Brasileira de 1988 institucionaliza os direitos humanos de uma forma geral e a promoção à igualdade em especial. No universo da mulher, o artigo 5º garante a igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I) e de maneira mais específica no âmbito familiar (art. 266º, §5º).

[http://www.europarl.europa.eu/RegistreWeb/search/simple.htm?reference=P7_TA\(2012\)0225](http://www.europarl.europa.eu/RegistreWeb/search/simple.htm?reference=P7_TA(2012)0225). Acesso em 20/02/2015.

⁸⁰ Além dessa diretiva, o Parlamento Europeu já tratou de diversos temas com vista à promoção da igualdade para as mulheres. As diretivas são fundamentais para o Direito da União Europeia, uma vez que elas são instrumentos vinculativos para os Estados-Membros da União Europeia. Assim, cf. Diretiva 75/117: Garantia a igualdade remuneratória (revogada pela diretiva 2006/54CE); Diretiva 76/207/CEE: acesso ao emprego (revogada pela diretiva 2006/54CE); Diretiva 79/7/CEE: realização da igualdade de tratamento no âmbito da seguridade social; Diretiva 86/378/CEE: relativa aos regimes de segurança social (revogada pela diretiva 2006/54CE); Diretiva 86/613CEE: relativa a igualdade de tratamento no trabalho e a proteção da maternidade (revogada pela diretiva 2010/41UE); Diretiva 92/85/CEE: promoção da melhoria na saúde e segurança de trabalhadoras grávidas (diretiva revisada); Diretiva 96/34/CE: licença parental (revogada pela diretiva 2010/41UE); Diretiva 97/80/CE: relativa a repartição do ônus da prova nos casos de discriminação em razão do sexo (revogada pela diretiva 2006/54CE); Diretiva 2000/78/CE: promoção da igualdade de tratamento no emprego, diretiva discutida na doutrina e na jurisprudência por tratar dos conceitos de discriminação direta e indireta; Diretiva 2004/113/CE: trata do acesso a bens e serviços e seu fornecimento; Diretiva 2010/18/UE: relativa à licença parental; Diretiva 2010/41/UE: Diretiva 2011/36/UE: relacionada a proteção das vítimas de tráfico de seres humanos; Diretiva 2011/99/EU e Diretiva 2012/29/UE.

⁸¹ Destacamos alguns artigos sobre igualdade na Constituição Portuguesa: Direito fundamental do Estado à promoção da igualdade entre homens e mulheres (Art. 9º, alínea h); Princípio da Igualdade (art. 13º, nº 2); (art. 26º); (art.36º); Referente a liberdade de escolha de profissão (art. 47º); Participação na vida pública (art. 48º); Direito ao voto (art. 49º); Segurança no emprego (art.53º); Direito ao trabalho (art.58º, alínea b); Direitos dos trabalhadores (art. 59º); Saúde (art. 64º); Família (art. 67º), Paternidade e maternidade (art.68º, nº 3 e 4); Ensino (art.74º); Participação política dos cidadãos (art. 109º). Nesse sentido as reformas no direito português merecem destaques: A revisão do Código Civil, especificamente do Direito da Família (Decreto-Lei nº 486/77); institucionalização da Comissão da Condição Feminina (Decreto-Lei nº 485/77); Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, ou a Lei da igualdade no trabalho e no emprego (Decreto-Lei nº 392/79); a despenalização do aborto, (Lei nº 16/2007); autonomização do tipo legal de crime intitulado violência doméstica (Lei nº 59/2007). Para além cf., Paula Casaleiro. *O poder do direito e o poder do feminismo: revisão crítica da proposta teórica de Carol Smart*. In *Ex aequo* nº 29, 2014, p.46.

⁸² Art.13º, nº 1: “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”.

⁸³ Art.13º, nº 2: “Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”.

Além desses, se destacam o Art. 7º, XXX, que trata da proibição de tratamento discriminatório nas relações de trabalho em razão de sexo ou estado civil, tendo este artigo sido regulamentado pela Lei n. 9.029/95 a qual proíbe a exigência de atestados de gravidez para admissão ou permanência no emprego⁸⁴. O art. 7º, XX, regulamentado pela Lei n. 9.799/99, que implanta regras para o ingresso das mulheres no mercado de trabalho. O artigo 226, §7º, regulamentado pela Lei n 9.263/96, refere-se ao planejamento familiar devido pelo Estado auxiliar e o artigo 226º, §8º, trata do dever do Estado reduzir a violência em relações afetivas (familiares)⁸⁵.

A partir deste quadro fundamentado no Direito Internacional, na União Europeia em Portugal e no Brasil podemos perceber que os direitos à igualdade das Mulheres se desenvolveram, obtendo grandes avanços de ordem internacional e de ordem constitucional interna.

Assim, cada Estado demonstra, do seu modo particular, a necessidade de assegurar os direitos fundamentais e a promoção da igualdade para as mulheres, uma vez que ainda permanecem as diversas formas de discriminação contra as mulheres, principalmente, na hierarquia cultural entre homem e mulher⁸⁶.

Destarte, a “igualdade na lei não é uma igualdade na vida”⁸⁷ e, por mais que o direito tenha avançado bastante, na positivação nacional e internacional de normas que objetivam a igualdade entre os homens e mulheres, a concretização dessas normas ainda é um desafio para os Direitos Humanos, havendo, ainda, muitas questões a serem superadas como a pobreza, a saúde, a violência (sexual, mutilação, tortura, morte por dote), entre outros⁸⁸.

⁸⁴ Tal inciso recebe críticas da doutrina no que se refere a norma ser exemplificativa, diferente do que ocorre no ordenamento jurídico português que se observa uma proibição a discriminação em razão de gênero em questões trabalhistas, conforme a disposição do artigo 24º, nº1 do Código de Trabalho de Portugal. C.f. Estevão Mallet e Marcos Fava. Comentário ao artigo 7º, XXX. In J. J. Gomes Canotilho; Gilmar F. Mendes; Ingo W. Sarlet; (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1324.

⁸⁵ Nesse sentido se destaca também a Lei n. 10.224/01 (Lei sobre crime de assédio sexual), e a Lei n. 9.504/97, a qual trata de reserva de candidaturas para partidos ou coligações nos limites de no mínimo 30% e no máximo de 70% das vagas para mulheres.

⁸⁶ Cf. Jacqueline Pitanguy. *Mulher e cidadania*. In Mulher e Políticas Públicas. Rio de Janeiro: IBAM/UNICEF, 1991, p. 122.

⁸⁷ Maria do Céu da Cunha Rêgo. *Novas Respostas do Direito para a Concretização da Igualdade de Gênero*. In Ex Aequo, nº 10, 2004, p. 86.

⁸⁸ Cf. Maria Regina Tavares da Silva. *Pensar a Igualdade numa Perspectiva de Gênero: Nota Breve sobre um Percurso Longo no Discurso Político da Comunidade Internacional*. In Faces de Eva: Estudos Sobre a Mulher, nº 30, Edições Colibri / Universidade Nova de Lisboa, 2013, pp. 55- 75.

Dado que as estatísticas mundiais nesses âmbitos ainda demonstram os piores resultados para o sexo feminino, segundo a Organização Mundial do Trabalho (OIT) em 2010, as mulheres em questões trabalhistas representavam o maior número de trabalhadores que ganhavam menos, trabalhavam até 2 horas a mais que os homens e representavam o maior número de trabalhadores por tempo parcial. Com relação à exclusão social e pobreza as mulheres representam 70% dos pobres do mundo (que sobrevivem com menos de 1 dólar por dia). Referente à saúde, até 2005 estimava-se a média de 40.3 milhões de pessoas infectadas VIH/SIDA, 17,5 milhões sendo mulheres e 2.3 milhões crianças. Os dados de violência contra as mulheres indicam que 35% das mulheres em todo o mundo sofreram violência sexual (por um parceiro íntimo ou não), sendo 38% dos homicídios de mulheres são cometidos pelo parceiro íntimo⁸⁹.

A partir dos dados percebemos que a efetivação dos direitos da igualdade da mulher ainda é ineficaz e que a questão cultural, social e segregadora enfraquecem as normas que tentam a reparação de tal desigualdade⁹⁰. Com efeito, a incorporação na sociedade dos valores da igualdade de gênero, como a efetivação das normas do sistema jurídico, são um grande desafio, porém, “nada atualmente é tão importante na economia política do desenvolvimento quanto o reconhecimento adequado da participação e da liderança política, econômica e social das mulheres. Esse é um aspecto crucial do desenvolvimento como liberdade”⁹¹.

2.1.2. Igualdade racial

A igualdade racial é também um tema sensível aos Direitos Humanos, sobretudo em alguns países em que há diversidades raciais. A promoção da igualdade é um dever dos

⁸⁹ Todos os dados poderão ser encontrados na página eletrônica da Organização do Trabalho (OIT-Lisboa), da farmacêutica Roche e da *World Health Organization*. Disponíveis, respectivamente, em: http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_dia_mulher_pt.htm; http://sida.roche.pt/roche_e_a_sida/; <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs334/e/>. Acesso em 30/03/2015.

⁹⁰ Apesar dos relevantes avanços no âmbito da igualdade de gêneros, as questões sociais e culturais de discriminação contra a mulher ainda são muito marcadas na vida da sociedade, sobre esse ponto, Maria do Céu da Cunha Rêgo, afirma; “(...) o direito já reconheceu a igualdade de homens e mulheres. Mas ainda não encontrou meios suficientemente poderosos para decidir em seu favor o velho conflito com uma normatividade social que persiste na lógica perversa de papeis e expectativas desiguais para mulheres e homens apenas por causa do sexo”. *Novas Respostas do Direito para a Concretização da Igualdade de Género*. In *Ex Aequo*, nº 10, 2004, p. 87. No mesmo sentido, segundo as palavras de Amartya Sen, “A desigualdade entre mulheres e homens afeta – e às vezes encerra prematuramente – a vida de milhões de mulheres e, de modos diferentes, restringe em altíssimo grau as liberdades substantivas para o sexo feminino” *O desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, pp. 29-30.

⁹¹ Amartya Sen. *O desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p.263.

Estados, não podendo o Estado se manter neutro em relação às questões raciais, uma vez que é o seu dever buscar a igualdade de oportunidades⁹².

A questão de igualdade racial não difere muito da igualdade de gênero no que se refere às mudanças recentes no pensamento jurídico, no entanto, a questão racial tem um agravante uma vez que não existiam leis expressas de proibição do negro em cargos e funções como ocorria com as questões de gênero, pois a questão racial passa por um complexo histórico de desigualdade em razão da etnia. Foi após a proibição da escravidão que a questão da discriminação racial passou por importantes mudanças, iniciando um longo caminho de lutas contra a distinção em razão da cor ou etnia.

Sob a ótica da evolução dos instrumentos legais nos últimos anos, o direito internacional produziu mudanças na busca de proteção contra a discriminação racial através da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Discriminações Raciais de 1965⁹³. Nos termos da Convenção, a discriminação racial é “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na raça, cor, ascendência na origem nacional ou étnica, que tenha por objetivo ou como efeito destruir ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em condições de igualdade, dos direitos do homem e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública”. Ou seja, há discriminação sempre que ocorre tratamento desigual em situação de igualdade⁹⁴.

Destacamos o caráter prático da Convenção que não tem como objetivo somente tratar de conceitos gerais de discriminação, mas também a formulação de medidas que combatam as práticas racistas através das “vertentes repressiva-punitiva e positiva-promocional”. A primeira, repressiva-punitiva, intenciona de maneira prática a punição e proibição de discriminação, e, a segunda, positiva-promocional, implementa a promoção da igualdade⁹⁵.

⁹² Cf. JJ Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição...*, p. 430.

⁹³ Ratificada pelo Brasil em 1968 e promulgada pelo decreto nº 65.810/69.

⁹⁴ Além de tal Convenção específica, há destaque no âmbito dos Direitos Humanos a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de *San José* da Costa Rica de 1969), a qual logo no artigo primeiro trata da proibição a discriminação, vejamos: “Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.

⁹⁵ A vertente repressiva punitiva tem como objetivo eliminar qualquer tipo de discriminação, sendo o combate à discriminação uma medida essencial para a promoção plena dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. Para ocorrer efetivamente a igualdade deve haver um combate emergencial da

No contexto da União Europeia, é a diretiva 2000/43/CE, em decorrência do art. 13º do tratado que instituiu a Comunidade Europeia, que visa o combate a discriminação racial ou étnica e tem como objetivo que o princípio da igualdade de tratamento seja praticado nos Estados-Membros. Assim, logo no seu artigo 2º trata do conceito de discriminação direta e indireta, demonstrando a preocupação da União no combate a qualquer tipo de distinção de origem racial ou étnica.

No ordenamento jurídico português, em âmbito Constitucional, o artigo 13º (Princípio da Igualdade) prevê que todos são iguais perante a lei e correlaciona a questão relativa à raça no rol de proteção contra a discriminação. Além da Constituição, no Direito português o combate ao racismo e a discriminação é abordado no Código Penal (art. 132º e 240º), na Lei dos Partidos Políticos (arts. 20º, 26º, 35º, nº 3, 46º, nº 4, 59º, nº 1), na Lei nº 134/99 que promove a prevenção e a proibição de discriminação racial, chamada também de Lei contra a discriminação racial, bem como na lei nº 39/2009 que combate a violência ao racismo e, mais recente, a Lei nº 18/2004 que estabelece medidas contra a discriminação racial ou étnica⁹⁶.

A Comissão para a Igualdade e Contra a Discriminação Racial foi criada pela Lei nº 134/99, a qual tem como função recolher queixas, fazer a instrução processual ou encaminhar para as autoridades. Todavia, há motivos para que esses números de queixas ou de processos não sejam fidedignos com a realidade da questão do racismo em Portugal. Isto porque, as questões relacionadas a prática do racismo em Portugal, segundo algumas investigações mais detalhadas, são relativamente inexpressivas, pois atos racistas só são configurados quando a lei é violada, assim as verificações dependem de dados extraídos de “fontes legais”, mas o que ocorre é que esses dados em Portugal são insignificantes. Porém, as possíveis razões dessa inexpressividade nos casos oficiais seriam o medo da denúncia, tanto no aspecto da vergonha, como também, no entender que a lei em si não vai ajudar na punição do agente, além do problema da prova em determinar que o ato foi intencionalmente racista, entre outros⁹⁷.

discriminação, porém tal combate não é suficiente, devendo ser complementado pela vertente promocional. Cf. Flavia Piovesan. *Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos*. In Cadernos de Pesquisa, vol. 35 n.124, São Paulo, Jan./abr., 2005, pp. 43-55. (Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-15742005000100004>. Acesso em 20/02/2015).

⁹⁶ Cf. Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional...*, p. 279.

⁹⁷ “Assim, as principais fontes são legais: processos, queixas e condenações, ou então fontes policiais, como queixas ou ocorrências registadas pela polícia. Assim é noutros países da Europa, mas em Portugal estas fontes são extremamente escassas. São raras e pouco claras as incidências registadas pelas forças policiais e

A Constituição brasileira de 1988 logo no início dos artigos trata como objetivo fundamental a promoção do bem de todos, vedando preconceitos e discriminações de origem de raça, sexo, cor e idade (art. 3º, IV). Este dispositivo se mostra revolucionário na CRFB de 1988, pois é historicamente inovador no tratamento de objetivos fundamentais do Estado brasileiro, seguindo nessa lógica fixa o repúdio ao racismo (art. 4º, VIII); a incorporação no texto constitucional da conduta “do racismo como crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei” (art. 5º, XLII)⁹⁸, tendo este artigo sido regulamentado pela Lei nº 8.072/90. E, por fim, em questões trabalhistas a Constituição proíbe a diferença no salário, nas funções e na admissão no emprego em razão do sexo, da idade, da cor ou do estado civil (art. 7º/XXX).

Assim como na legislação infraconstitucional, como a Lei nº 7.716/89 que define crimes resultados de preconceitos de raça e de cor (alterada pela Lei nº 9.459/97) e mais recentemente o Estatuto da igualdade racial lei nº 12.288/2010.

No Brasil, a questão de promover a igualdade racial é muito complexa, pois se por um lado tem-se em sede Constitucional os direitos dos afrodescendentes assegurados, por outro, ainda há muito o que superar no quesito discriminação, uma vez que a sociedade é marcada por preconceitos de cor, preconceitos esses mascarados e, por isso, surge a problemática de identificação de práticas racistas que, por muitas vezes, ficam restritas a atitudes de relações privadas não chegando ao conhecimento do Poder Público⁹⁹.

a categoria usada pela polícia agrega a discriminação racista e a discriminação religiosa. Os casos de discriminação racial nos tribunais portugueses, tanto quanto determinou a nossa pesquisa são também escassos. Poderíamos daqui concluir que as manifestações de racismo rareiam em Portugal, mas seria precipitado. Da ausência de dados oficiais não podemos concluir da inexistência de racismo. Muitos factores podem contribuir para este status quo: a vergonha das vítimas em denunciar a discriminação de que são alvo, a crença na ineficácia dos mecanismos legais, a incapacidade das forças policiais em lidarem com estes fenómenos, a dificuldade em provar que um determinado acto teve motivações racistas, o estatuto legal da vítima, muitas vezes um imigrante indocumentado, o que faz com que não queira apresentar queixa às autoridades. Estes são apenas alguns dos factores que contribuem para um estado que podemos designar de invisibilidade do racismo em Portugal”. Cf. Númena. Centro de Investigação em Ciências Sociais e Humanas. *O Racismo e Xenofobia em Portugal (2001 – 2007)*, 2008, p. 07. (Disponível em: http://www.amnistia-internacional.pt/files/Estudo_Racismo_Portugal.pdf).

⁹⁸ Além das Constituições portuguesa e brasileira, em outras Constituições podemos observar a semelhança desse artigo, exemplo da Constituição da Itália (art.13º), da Espanha (art. 45º, nº 3, 46º e 55º, nº 2), da França (art. 68º, nº 1), da Alemanha (art. 26º, nº 1), entre outras.

⁹⁹ “A “invisibilidade” do processo de discriminação racial reaviva o mito da democracia racial brasileira, impedindo uma discussão séria, franca e profunda sobre as relações raciais brasileiras e, mais do que isso, inibe a implementação de políticas públicas específicas para os negros. Aliás, a negação da existência dos negros ou, se se quiser, a sua desumanização, é da essência do racismo. E é essa negação dos negros enquanto seres humanos que tem nos “anestesiado” quanto às desigualdades raciais. Esses fatos têm um enorme peso no momento de se decidir sobre qual política adotar para solucionar a discriminação racial a que estão submetidos os negros”. Sales Augusto dos Santos. *Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas*. Sales Augusto dos Santos (organizador). Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005, p.16.

Para além do fator de preconceito, essa discriminação desencadeia diversos problemas no âmbito das desigualdades sociais, as quais, no Brasil, vêm demonstrando um alto índice e um grande elo com a desigualdade racial¹⁰⁰. Essa questão cultural na sociedade brasileira é tão marcante que o próprio discurso contra as cotas para negros argumenta que o problema não é de raça mas sim de classe, embora os estudos desenvolvidos na área de discriminação de raça apontem o contrário, ou seja, que mesmo havendo igualdade social ainda teremos desigualdade racial¹⁰¹.

No Brasil, os jovens negros são as principais vítimas de violência¹⁰², o que denota que a cor ainda é um fator determinante nas questões de desigualdade social no Estado brasileiro, pois a violência que o recente Índice de Vulnerabilidade Juvenil à Violência e Desigualdade Racial apresenta tem por base as dimensões educação, trabalho, família, saúde, renda e desigualdade racial, questões que estão diretamente ligadas a sociabilidade.

2.1.3. Igualdade para portadores de deficiência

E, por fim, abordaremos a questão da igualdade para pessoas portadoras de deficiência física, análise feita a partir da atenção especial conferida pelo Direito a pessoas que em razão da condição desfavorável sofrem discriminações em distintos setores da vida

¹⁰⁰ Cf. Carlos Antônio Costa Ribeiro. *Classe, Raça e Mobilidade Social no Brasil*. In *Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, vol. 494, 2006, p. 833.

¹⁰¹ “*The problem is not racial but one of class. This argument is constantly used against proposed racial quotas. It claims that nobody is excluded simply for being black, and that the lack of access by the black population to higher education stems from the unstable economic situation. It is true that social inequality in Brazil is in part explained by perverse economic inequality. Therefore, a more just distribution of income will have positive repercussions on the pattern of inequality. However, it will not solve every problem. Studies of social mobility conducted since the late 1970s show that race' plays a significant role in explaining the inequalities in Brazil. Controlling for variables of economic origin, education and "race", researchers of social mobility of unanimously affirm that the opportunities for upward social mobility of blacks and whites are different. However, neither "race" nor class acts as independent or absolute variables; on the contrary, they interact in the formation of social inequalities. The latest work on social mobility finds that the chances for upward movement are very similar for poor blacks and whites, but they increasingly diminish for blacks as they ascend the social ladder (Ribeiro 2006). In other words, in the ascent to the highest strata of the Brazilian social pyramid, "race" is a relevant variable. This justifies affirmative action policies aimed at breaking the glass ceiling*”. Edmund Terence Gomez and Ralph Premdas. *Affirmative Action, Ethnicity and Conflict*. Routledge Malaysian Studies Series. London: Publisher Routledge, 2012, p. 195.

¹⁰² Brasil. Presidência da República. Secretaria-Geral. *Índice de vulnerabilidade juvenil à violência e desigualdade racial 2014*. Secretaria Nacional de Juventude, Ministério da Justiça e Fórum Brasileiro de Segurança Pública. – Brasília: Presidência da República, 2015. (Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002329/232972POR.pdf>. Acesso em 30/03/2015).

em sociedade, como condições de acessibilidade na vida comunitária, educação, saúde, emprego, entre outros¹⁰³.

A questão dos direitos para pessoas com deficiência foi por um longo período marcado pelo tratamento direcionado e restrito somente para segurança social, saúde e tutela, sendo sujeitos “sem direitos”, pertencentes a uma classe “invisível” da sociedade, detentores da caridade do Estado, marginalizados e reduzidos à sua deficiência, seja física, intelectual ou mental. Isto porque, as pessoas com alguma deficiência eram consideradas sujeitos não detentores de direitos e deveres, incapazes de ter participação ativa na sociedade, como exercer uma profissão, acesso ao estudo ou ao transporte¹⁰⁴.

É com o advento histórico do movimento dos direitos civis de pessoas com deficiência nos Estados Unidos que se inicia o combate efetivo a discriminação contra pessoas com deficiência resultando, em 1990, no *American Disabilities Act*, que tratou do conceito de “adaptação razoável” e, dessa forma, a questão da deficiência começou a ser vista não apenas como um problema da pessoa com limitações, mas também como um problema do ambiente inadequado para “acomodar a diferença e a diversidade humana”¹⁰⁵.

É nesse contexto que o tratamento contra a discriminação torna-se imperioso, especialmente para o universo jurídico. Vamos passar a observar vários instrumentos normativos com a previsão de direitos e garantias para pessoas com deficiência.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, das Nações Unidas (2006)¹⁰⁶, é um marco fundamental na legalização internacional nessa matéria, que tem como objetivo a promoção da igualdade e do combate à discriminação, através do desenvolvimento de políticas para a garantia dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

No âmbito da União Europeia, o TFUE, nos termos do artigo 19º, atribui a União o direito de “tomar as medidas necessárias para combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual”

¹⁰³ Carlos Roberto Siqueira Castro. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais...*, p. 425.

¹⁰⁴ Teresa Coelho Moreira. *Igualdade e não discriminação: Estudos de Direito do Trabalho...*, pp. 165-166.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 167.

¹⁰⁶ Em 2008, ratificada pelo Estado brasileiro; em 2009, ratificada pelo Estado português e, em 2010, ratificada pela União Europeia que, dessa forma, inaugurou na sua história o primeiro tratado dos direitos humanos no mundo. Cf. em *European commission* (disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-4_pt.htm).

(art. 19º)¹⁰⁷. Este artigo impulsionou o Conselho Europeu a estabelecer a diretiva 2000/78/CE, a qual tem importância fundamental para o direito à igualdade nas relações de trabalho, pois é por meio dela que os “cidadãos deficientes na UE podem reivindicar judicialmente a nível europeu os seus direitos”.¹⁰⁸

Na Constituição portuguesa, conforme já demonstramos, princípio da igualdade e a proibição de discriminação estão previstos no artigo 13º, porém, a letra da lei não faz menção aos portadores de deficiência física. Todavia, isso não implica que a descrição do nº 2 do artigo em questão seja “taxativo”, sendo tratado pela doutrina como sendo de carácter exemplificativo, “uma cláusula aberta”¹⁰⁹. Especificamente a proteção dos cidadãos portadores de deficiência está disposta nos artigos 59º, nº 2, alínea c) e art. 71º da CRP.

Além da Lei Fundamental portuguesa, destacam-se a Lei nº 9/89 “Lei de Bases da Prevenção e da Reabilitação e Integração das Pessoas com Deficiência”, que trata especificamente da proteção dos deficientes físicos¹¹⁰ e da questão da promoção de igualdade de oportunidades em diversos âmbitos como na saúde, educação, trabalho, cultura e em todos os aspectos da vida social (art. 4º, nº 6), e, ainda, a Lei nº 42/2006 que proíbe a discriminação em razão de deficiência e de riscos agravados de saúde¹¹¹.

A Constituição brasileira estabelece alguns dispositivos para a promoção da igualdade a pessoas portadoras de deficiência, proibindo a discriminação salarial, bem como a discriminação para admissão (art. 7º, XXXI), promoção da integração à vida comunitária (art. 203º, IV), salário mínimo para portadores de deficiência que não possuem meios de subsistência (art. 203º, V), e prevê a criação de programas assistenciais e especializados, além da inclusão de adolescentes que possuem alguma deficiência no

¹⁰⁷ De mesmo valor jurídico dos tratados, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia no art. 21º trata da não discriminação e, no rol relacionado, integra os cidadãos portadores de deficiência e, no art. 26º, dispõe especificamente da integração das pessoas com deficiência.

¹⁰⁸ Teresa Coelho Moreira. *Igualdade e não discriminação: Estudos de Direito do Trabalho...*, p. 172.

¹⁰⁹ Cf. Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. II, tomo IV, 1ª Ed., Coimbra: Coimbra editora, 2014, pp. 282. No mesmo sentido, António de Araújo. *Cidadãos portadores de deficiência: O seu lugar na Constituição da República...*, pp. 107-108.

¹¹⁰ O artigo 2º, nº 2 da lei nº 9/89 trata do conceito de pessoas com deficiência, vejamos: “Considera-se pessoa com deficiência aquela que, por motivo de perda ou anomalia, congénita ou adquirida, de estrutura ou função psicológica, intelectual, fisiológica ou anatómica susceptível de provocar restrições de capacidade, pode estar considerada em situações de desvantagem para o exercício de atividades consideradas normais tendo em conta a idade, o sexo e os factores socioculturais dominantes”.

¹¹¹ Para além das questões de específicas de discriminação a legislação portuguesa se mostra expressiva no tocante aos direitos de portadores de deficiência física no âmbito trabalhista, habitacional, da segurança social, da ação social, dos transportes e acessibilidades, no domínio fiscal, entre outros. Assim, para um estudo mais detalhado, cf. António de Araújo. *Cidadãos portadores de deficiência: O seu lugar na Constituição da República...*, pp. 8-16.

trabalho e ao acesso de serviços (art. 227º, §1º, II), normas para novas construções de prédios públicos ou particulares que permitam o acesso, além da fabricação de transportes coletivos adequados para o uso de pessoas portadoras de deficiência (art. 227º, §2º).

E é com base nesses artigos da norma constitucional que foi regulamentada a concretização da igualdade à pessoas portadoras de deficiência, da qual destacamos a Lei nº 7.853/89 que trata da integração de pessoas deficientes na sociedade através da acessibilidade na urbanização das cidades, no tratamento prioritário na saúde e educação inclusiva, a Lei nº 8.899/94 que concedeu a gratuidade do passe de transportes coletivos, o Decreto nº 3.298/99 com a fixação de crimes discriminatórios, além dos atos normativos dos Estados e Municípios. E, mais recentemente, com base nesses diversos atos normativos, a legislação brasileira recebe um novo Estatuto que garante maior acessibilidade, direitos e consolidação de concretização do direito a igualdade de deficientes.

A recente Lei nº 13.146/2015 que institui o Estatuto de Pessoa com Deficiência, tem como objetivo “a assegurar e promover em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania” (art. 1º). Nos artigos que o Estatuto trata da igualdade e da não discriminação tem como base o fundamento da igualdade de oportunidades para todos, independentemente da sua deficiência¹¹².

¹¹² O Estatuto passa por disposições em diversos âmbitos para resguardar a igualdade de deficientes. Na parte geral trata do conceito de pessoa com deficiência física e a abrangência da lei para a sua aplicação os incisos do art. 3º regem as questões de acessibilidade, desenho universal, tecnologia assistiva, barreiras (que são de qualquer tipo que limite a participação das pessoas com deficiência, podendo ser barreiras urbanísticas, arquitetônicas, nos transporte, tecnológicas), comunicação, mobiliário urbano, moradia independente, entre outros; As questões de Igualdade e da Não Discriminação (Art. 4º à 8º); O atendimento prioritário (art. 9º); Os Direitos Fundamentais, subdivididos entre: Direito à vida (art. 10º à 13º), Direito à habilitação e à Reabilitação (art. 14º à art. 17º), Direito à Saúde (art.18º ao art. 26º), Direito à Educação (art. 27º ao 30º), Direito à Moradia (art. 31º à 33º), Direito ao Trabalho (art. 34º à 38º), Direito à Assistência Social (art. 39º à 40º), Direito à Previdência Social (art. 41º), Direito à Cultura, ao Esporte, ao Turismo e ao Lazer (art. 42º à 45º), Direito ao Transporte e à Mobilidade (art. 46º à 52º); As questões relativas à acessibilidade (art. 53º à art. 63º); Acesso à Justiça (art. 79º ao 87º); Crimes e Infrações Administrativas (art. 88º ao 91º); O cadastro Nacional de Inclusão da Pessoa com Deficiência (art. 92º); Auxílio-inclusão para pessoas com deficiência moderada ou grave; e os artigos finais tratam de alterações em leis diversas como o Código Eleitoral, o Código do Consumidor, na Consolidação das Leis do Trabalho, entre outros.

CAPÍTULO III - AÇÕES AFIRMATIVAS COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO À IGUALDADE

Tratamos até agora do Princípio da Igualdade e das suas dimensões demonstrando teoricamente a evolução da doutrina e, especificamente, os diversos instrumentos normativos que asseguram a igualdade através da não discriminação. Assim, os direitos de igualdade são incontestáveis, tanto na sua vertente liberal de “igualdade perante a lei”, como no âmbito da igualdade material com ênfase nos direitos sociais. Diante disso nos causou os seguintes questionamentos: esses instrumentos normativos são suficientes para garantir iguais oportunidades para todos? O que mais pode ser feito para assegurar o tratamento igual entre os homens?

Apesar das legislações internacionais, constitucionais e específicas de combate à discriminação, o caminho para a efetiva implementação dos direitos da igualdade é longo e sinuoso. Tal como foi demonstrado, tais direitos ainda são ineficazes para os menos favorecidos socialmente, para as minorias étnicas, sexo, deficiência, entre outros. Todavia, não queremos com isto dizer que o direito positivo não tem importância prática, mas tão-só que a simples vedação a discriminação não enseja a igualdade¹¹³.

Com o exemplo norte-americano a “superação do sentido jurídico-liberal da igualdade” pode ser efetivamente alcançada através das ações afirmativas que se sintetizam em tratamentos privilegiados para certos grupos discriminados. Isto porque a ascensão social desses estratos discriminados socialmente não ocorre somente com a afirmação da norma em qualificar como “todos são iguais”, uma vez que tais discriminações nascem com a própria sociedade fazendo parte da cultura e da história daquela população, a exemplo das culturas machistas que até a atualidade desempenham um certo destaque frente aos tratamentos discriminatórios para as mulheres, além da cultura escravista tão marcada na vida dos afrodescendentes¹¹⁴.

¹¹³ Uma vez que afirmamos que a proibição normativa não é suficiente para extinguir o preconceito de questões que estão enraizadas na sociedade, isto significa que “proibir a discriminação não era bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. O que naquele modelo se tinha e se tem é tão somente o princípio da vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento motivado por preconceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica”. Carmen Lúcia Antunes Rocha. *Ação Afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. In Revista de Informação Legislativa, vol. 33, nº 131, Brasília jul./set. 1996, p. 284.

¹¹⁴ Carlos Roberto Siqueira Castro. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais...*, pp. 362-363.

É nesse sentido que o conceito de discriminação vem sendo pensado, num aspecto substancial¹¹⁵, ensejando assim à promoção de medidas de discriminação positiva, as quais abordam o significado do termo discriminar em um “sentido inverso”, devendo ser admitido discriminar na medida e na proporcionalidade que a desigualdade necessite para alcançar a igualdade de fato. É dessa maneira que a discussão das ações afirmativas se torna necessária, tendo em vista que o conceito de igualdade material somado com as questões de “desigualdades concretas existentes na sociedade” começam a caminhar não só para a garantia legal como também para um tratamento distinto em face das situações desiguais¹¹⁶.

A igualdade fática adquire um papel de destaque no âmbito das ações afirmativas, contudo, a aplicação de tais medidas está longe de ser um consenso¹¹⁷. Dentre os argumentos contrários, essas medidas afirmativas violariam o princípio da igualdade, pois “não há diferença entre discriminar para prejudicar e discriminar para “beneficiar”, mesmo porque ao benefício de uns, corresponderia o prejuízo de outros”¹¹⁸. Além disso, há argumentos de que as ações afirmativas sozinhas não suprem o princípio da igualdade fática, dessa forma se o Estado adotar somente essas medidas o problema jamais será resolvido¹¹⁹.

¹¹⁵ Ligando a ideia que a proibição de discriminação não é suficiente para a efetiva igualdade, bem como a igualdade formal que traz a igualdade na literalidade da lei. A questão da igualdade material vem a ser fundamento para a aplicabilidade das ações afirmativas. Vejamos: “Este entendimento da não discriminação revela-se como manifestamente insuficiente. Há muito que a doutrina vem afirmando a necessidade de consideração de um *conceito substancial de igualdade*, já que a mera igualdade formal, muitas vezes, perpetua as desigualdades reais. Esta exigência poderá mesmo implicar formas de ação positiva, ou verdadeiras discriminações positivas, para atingir a igualdade a longo prazo.” Mariana Canotilho. *Brevíssimos apontamentos sobre a não discriminação no direito da União Europeia...*, p. 102.

¹¹⁶ Cf. Joaquim B. Barbosa Gomes. *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro*. In *Revista de Informação Legislativa*, vol. 38, nº151, Brasília, jul./set., 2001, p. 131.

¹¹⁷ Ingo Wolfgang Salert; Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional...*, pp. 539-540.

¹¹⁸ “Argumentando em termos de consequências, agitam que de fato nem mesmo de benefícios se poderia falar, pois tais medidas mais agravam do que solucionam os problemas que pretendem enfrentar, gerando segregação onde não existe e agravando as discriminações porventura existentes, piorando, mais do que melhorando, a vida daqueles que tentam beneficiar.” Celso de Albuquerque Silva. *Ação afirmativa no âmbito do Ensino Superior: uma análise da constitucionalidade das políticas de cotas para ingresso em universidades*. In *Direito, Estado e Sociedade*. Nº 34, pp. 42 a 67 jan./jun., 2009, p. 43.

¹¹⁹ Cf. Roberta Fragozo Menezes Kaufmann. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Para maiores desenvolvimentos, vide Cristina Helena Almeida de Carvalho. *Política de ensino superior e renúncia fiscal: da reforma universitária de 1968 ao PROUNI*. In: ANAIS do 28º Encontro da Anped. GT – Política de educação superior. Caxambu, MG: 2005; Deise Mancebo. “*Universidade para todos*”: a privatização em questão *Pro-Posições*, v. 15, n. 3 (45), set. - dez., 2004, pp. 75-90.

Em contrapartida, há reflexões no âmbito da inaplicabilidade de uma igualdade simplesmente formal, demonstrando, deste modo, a necessária implementação dos instrumentos legais que promovam efetivamente uma igualdade real, minimizando tanto os preconceitos como a desigualdade social desses sujeitos alvos da discriminação direta¹²⁰.

A “concepção substancial da igualdade”¹²¹ se manifesta como fundamental nesse cenário de ineficiência da igualdade jurídica e, também, com o advento de um novo conceito de “igualdade de oportunidades”¹²², que busca a eliminação das desigualdades sociais através da justiça social, que auxiliam grupos historicamente desfavorecidos, consagrando assim a não discriminação como base dos direitos fundamentais¹²³.

Assim, a particular necessidade de cada minoria desfavorecida deve ser levada em consideração para a implementação das medidas de ações afirmativas e, por isso, “a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direito, mas ao revés, para sua promoção”¹²⁴.

¹²⁰ Tais reflexões podem ser encontradas com as indagações que Carmen Lúcia Antunes Rocha. Vejamos: “Até que ponto se tem assegurada a liberdade igual a todos, a oportunidade igual a todos numa sociedade em que os preconceitos são plurais e as discriminações tão frequentes nessa em que vivemos? Pode-se asseverar, verdadeiramente, sem qualquer traço de ingenuidade cômoda ou mesmo de hipocrisia mal dissimulada, que a igualdade é respeitada de modo eficiente e democrático apenas pela negação jurídica da desigualdade formal como comportamento válido? Ou talvez a questão pudesse ser colocada mais singelamente nos termos seguintes: a igualdade é um direito efetiva e eficientemente assegurado no sistema constitucional pela sua mera formalização no rol de direitos fundamentais, no qual se proíbe a manifestação do preconceito? A interpretação dessa proibição, como conteúdo pleno do princípio, garante a igualdade jurídica? Ou o que se tem, pela adoção desse princípio, é a busca da igualação jurídica como princípio informador do sistema constitucional democrático, e é nesse sentido que há de caminhar o intérprete constitucional? O sistema constitucional democrático ocidental apenas garante que a desigualdade não é um direito, pelo que as condutas que manifestam preconceito ou discriminação são puníveis por contrariarem o Direito? Ao Direito Constitucional é suficiente assegurar formalmente a igualdade e estabelecer o dever de ser punida a discriminação, ou volta-se ele à concepção de instrumentos pelos quais se promova a igualação jurídica e, dessa forma, aperfeiçoar-se o princípio da isonomia?”. *Ação Afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica...*, pp. 283-284.

¹²¹ Cf. Joaquim B. Barbosa Gomes. *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro...*, p. 130. Cf. também Daniel Sarmento. *Livre e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006, p.154.

¹²² Para uma leitura sobre as controvérsias no âmbito da filosofia política nas questões de igualdade de oportunidades, cf., António de Araújo. *Cidadãos portadores de deficiência: O seu lugar na Constituição da República...*, pp. 102-106.

¹²³ “A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais. (...) Alarga-se (tal função) de igual modo aos direitos a prestações (prestações de saúde, habitação). É com base nesta função que se discute o problema das quotas (ex.: parlamento paritário de homens e mulheres) e o problema das *affirmative actions* tendente a compensar a desigualdade de oportunidades (ex.: quotas de deficientes)”. JJ Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição...*, pp. 409-410.

¹²⁴ Cf. Flávia Piovesan. *Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos*. In *Cadernos de Pesquisa*, vol. 35 n.124, São Paulo, Jan./abr., 2005, p. 46. (Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-15742005000100004>. Acesso em 20/02/2015).

Diante disso, no contexto dos Direitos Humanos essas ações são inseridas sob dois aspectos, o primeiro seria na forma de combater a discriminação proibindo as práticas discriminatórias e o segundo como medidas compensatórias que concretizem e acelerem o processo de igualdade, acreditando-se que o princípio constitucional da igualdade possa ser concretizado se adaptando na esfera da diferença e que por meio das ações afirmativas “transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva”¹²⁵.

3.1. Bases históricas das ações afirmativas

A aceção das “ações afirmativas” aparece, no seu histórico, carregada de significados, uma vez que esse termo nem sempre significou medidas de promoção de igualdade na complexidade que essa terminação carrega na atualidade¹²⁶.

Foi no século XX que as políticas de cotas foram implementadas nos Estados Unidos pelo Poder Executivo, que surge a *affirmative action*, carregada de reivindicações dos movimentos civis dos norte-americanos¹²⁷ e, posteriormente, foi objeto de desenvolvimento da jurisprudência americana, a qual tem papel fundamental na consolidação das ações afirmativas.

Na década de 30 os Estados Unidos enfrentavam um momento socialmente precário com a crise econômica de 1929 e, posteriormente, com a 2ª guerra. A necessidade de mão de obra masculina foi crescente, fazendo assim com que os homens negros reivindicassem os seus direitos trabalhistas de fazerem parte da sociedade de forma ativa e sem distinções, e é assim que o plano *New Deal Wagner Act* de 1935 vem a ser proposto

¹²⁵ *Ibidem*, p. 49.

¹²⁶ Cf. Thomas Sowell. *Affirmative Action Around the World: an Empirical Study*. New Haven: Yale University Press, 2004, p. 123.

¹²⁷ O estudo parte da dimensão das ações afirmativas no âmbito dos EUA, uma vez que é nesse país que tais políticas são consolidadas jurídica e jurisprudencialmente, porém, uma parte da doutrina também cita os exemplos da Nova Zelândia no Tratado de *Waitangi* em 1840, o qual trata de medidas preferenciais à população nativa *Maori*, além do Exemplo indiano que foi precursor em estabelecer políticas de cotas (*affirmative action* ou *reservations*), sendo tratado como país mais experiente em políticas de cotas do mundo. Cf. José Jorge de Carvalho. *Inclusão Étnica e Racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior*. São Paulo: Attar, 2005, p.185. Cf., também, Thomas Sowell. *Affirmative Action Around the World: an Empirical Study...*, p. 01; David Giménez Gluck. *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 15.

pelo então presidente Roosevelt com séries de medidas que restaurassem a economia norte-americana¹²⁸.

Entre essas medidas a essa expressão *affirmative action* (ações afirmativas) foi utilizada para que o *National Labor Relations Board* ativamente definisse medidas que proibissem práticas discriminatórias no emprego e que proibissem o empregador de atuar prejudicando líderes ou membros de sindicatos¹²⁹. Na década de 60 essa expressão “passou a ser utilizada dentro do contexto de luta pelos direitos civis (...)”¹³⁰, isto porque os norte-americanos reivindicaram direitos democráticos, civis e políticos, buscando fundamentalmente a igualdade de oportunidades para todos. Tais reivindicações foram crescendo, tendo os Estados Unidos se tornado numa importante referência para o estudo das ações afirmativas.

É na *Executive Order* n° 10.925 de 1961 que o termo *affirmative action* foi utilizado objetivando combater a discriminação no emprego e assegurar aos empregados um tratamento igualitário independentemente de raça, credo, cor ou nacionalidade¹³¹. Com a *Executive Order* n° 11.246 de 1965¹³², a expressão *affirmative action* é utilizada novamente para que no ato da celebração de contratos particulares fossem, também, adotadas medidas não discriminatórias. Dessa forma, as ações afirmativas nesse primeiro

¹²⁸ É importante explicar que durante 1896 e 1954, a doutrina desenvolveu uma tese chamada de *separate but equal* “separados, mas iguais”, admitindo a divisão racial, preservando o *status quo* da escravidão, ou seja, era permitido a divisão entre negros e brancos, “(...) a segregação racial seria admitida na prestação de serviços ou como critério genérico de tratamento, desde que os aludidos tratamentos ou serviços fossem ofertados, dentro de um mesmo padrão, para todas as raças. Em outras palavras, o que não se permitia é que a segregação servisse de pretexto para excluir uma ou mais raças de algum serviço ou direito assegurado às demais.” Paulo Lucena de Menezes. *Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 74.

¹²⁹ Cf. Renata Malta Vilas-Boas. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 33; Thomas Sowell. *Affirmative Action Around the World: an Empirical Study...*, p. 123; Aída Kemelmajer de Carlucci. *Las acciones positivas*. In *Jueces para la democracia*, n° 41, 2001, p. 54.

¹³⁰ Roberta Fragoso Menezes Kaufmann. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?...*, p. 169.

¹³¹ “The first official use of the term “affirmative action” in a racial or ethnic context was in President John F. Kennedy’s Executive Order n° 10.925 in 1961, where he said that federal contractors should “take affirmative action to ensure that the applicants are employed, and that employees are treated during employment, without regard to their race, creed, color or national origin”.” Thomas Sowell. *Affirmative Action Around the World: an Empirical Study...*, p. 124. Vide, Anne Peters. *Women, Quotas and Constitutions – A Comparative Study of Affirmative Action for Women under American, German EC and International Law*. London: Klumer Law International Ltd, 1999, p.31; Sergio Gamonal Contreras. *El Principio de no Discriminación por Razones de Sexo en Materia Laboral...*, p. 154.

¹³² Destacamos que nesse momento, na ótica internacional, também ocorreria a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de dezembro de 1965, e conforme já mencionada nesse trabalho, tal convenção trata de “medidas especiais” devem ser tomadas para “assegurar o progresso de certos grupos raciais ou étnicos”.

momento se mostraram como medidas de combate à discriminação e não de medidas de inclusão¹³³.

Porém, na década de 70, os EUA viviam, ainda, um cenário de conflitos voltados ainda para questões de discriminação uma vez que as ordens executivas não conseguiram atingir amplamente o seu objetivo de combate à discriminação¹³⁴. Nesse contexto, a segunda fase das ações afirmativas iniciou-se com a implementação do sistema de metas (*goals*) por período determinado (*timetables*), com o objectivo de, num primeiro momento, privilegiar minorias, principalmente nas questões trabalhistas e, num segundo momento, se voltou para as questões de gênero¹³⁵.

O Poder Judiciário norte-americano teve um papel essencial na consolidação gradativa das políticas de ações afirmativas. A partir da década de 70, a Suprema Corte, envolvida por diversas demandas no âmbito da discriminação, recorreu à aplicação do princípio constitucional da igualdade por meio de ações afirmativas. Dessa forma, a “Suprema Corte teve uma influencia fundamental na formatação do perfil dessas políticas ao definir, ela própria, diretrizes e paradigmas que foram seguidos por toda a sociedade”¹³⁶.

A doutrina cita como caso emblemático e pioneiro na Suprema Corte o *Griggs v. Duke Power Company*, de 1971. A empresa *Duke Power Company* tinha como exigência para a admissão, ascensão de cargo ou transferência de empregados, a conclusão do segundo grau e a submissão de exames com o objetivo de ser avaliado o grau de

¹³³ “Como se observa dos textos das Ordens Executivas nº 10.925 e 11. 246, os governos de Kennedy e Johnson não iniciaram as ações afirmativas conforme entendemos hoje. Originalmente, o conceito de ação afirmativa significava uma política institucionalizada de combate à discriminação e não medidas de inclusão propriamente ditas. É que, à época, acreditava-se que o simples fato de o governo deixar de apoiar a discriminação (...) já sinalizava vultosos ganhos para a comunidade negra”. Roberta Fragoso Menezes Kaufmann. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?...*, p. 171.

¹³⁴ Cf. Paulo Lucena de Menezes. *A Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, p. 92.

¹³⁵ “(...) *numerical goals and timetables for minority employment began to appear in affirmative action plans in the late 1960s and early in the 1970s. Later, they also were developed to assist women. Numerical goals are targets for the representation of minorities and women in an organization. Timetables set dates or timeframes within which goals are scheduled to be accomplished. Although goals and timetables do not require an organization to select individuals who fail to possess requisite qualifications, they do imply that, other things being equal, minority group members or women will be preferred. The impetus for development of affirmative action goals and timetables was the excruciatingly slow rate of progress made by minorities and women under earlier approaches and the perception by many observers that the problem was grave enough an alternative strategy was necessary*”. J. Edward Kellough. *Understanding Affirmative Action: Politics, Discrimination, and the Search for Justice*. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2006, p. 07.

¹³⁶ Cf. Paulo Lucena de Menezes. *A Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, p. 33.

inteligência, contudo, o nível da educação dos cursos oferecidos para os negros do Estado da Califórnia do Norte eram muito baixos e, por isso, os candidatos a vagas ou empregados não conseguiam obter bons resultados o que os obrigava a permanecerem com uma remuneração inferior e, muitas vezes, nem chegavam a conseguir um cargo. Perante esta situação, um grupo de empregados negros reclamaram judicialmente que tais exames não apresentavam importância para os papéis exercidos e que a razão de tais testes nada mais era que uma forma de aumentar a discriminação racial¹³⁷.

A suprema corte decidiu que os exames, mesmo com uma aparência neutra, resultavam em um impacto racial adverso (*disparate racial impact*), ou seja, mesmo que a intenção não tivesse sido a discriminação diretamente, a consequência óbvia de testes para pessoas sem qualificação resultaria em efeitos discriminatórios. Warren Burger, então Presidente do Tribunal, identificou que os legisladores ao tratarem de questões referentes à discriminação não intencionavam simplesmente proibir práticas discriminatórias expressas, mas sim, comportamentos que propagassem distinções raciais, mesmo que indiretamente¹³⁸. Tal julgado resultou em consolidar a teoria do impacto adverso que apostava no embasamento de equilibrar as questões relacionadas às práticas racistas admitida por alguns autores como base das ações afirmativas que objetivam corrigir os desequilíbrios causados pela discriminação¹³⁹.

A jurisprudência norte-americana que, por um lado, tratou de consolidar questões relacionadas à aplicação das ações afirmativas no âmbito das questões trabalhistas, solidificou a limitação dos interesses de trabalhadores brancos; determinou que as ações afirmativas deveriam ter um tempo determinado; e os programas deveriam existir apenas para extinguir um desequilíbrio racial¹⁴⁰. Por outro lado, em diversos momentos a Corte decidiu ambigualmente, nem sempre conseguindo resolver os casos facilmente no aspecto de padronização das decisões¹⁴¹. Na verdade, o Tribunal por um longo período “(...) não conseguiu desenvolver uma linha de raciocínio uniforme nos diversos julgamentos”¹⁴².

¹³⁷ Cf. Paulo Lucena de Menezes. *A Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, p. 96.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ Cf. Nota 5, a opinião de Kathanne W. Greene em Paulo Lucena de Menezes. *A Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, p. 97.

¹⁴⁰ Cf. Paulo Lucena de Menezes. *A Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, p. 110.

¹⁴¹ Para um estudo mais detalhado dessas decisões contraditórias, *vide*: Caso *DeFanis v. Odegaard* (416 U.S. 312/ 1974); Cf. Paulo Lucena de Menezes. *A Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, p. 98; Caso *Regents of the University of California v. Bakke* (438 U.S. 265/ 1978); Cf. Ronald

Todavia, mesmo com tais divergências o conceito de discriminação ficava cada vez mais amplo “*despite a zig-zag pattern of judicial decisions over the years, the general trend has been toward ever more expansive definitions of “discrimination” leading to more and more “remedial” group preferences and quotas*”¹⁴³.

Nesse contexto, segundo a divisão realizada por Joaquim B. Barbosa Gomes a jurisprudência da Suprema Corte americana referente às medidas de ações afirmativas passam por evoluções subdivididas em três períodos¹⁴⁴. Resumidamente: a) o primeiro período é caracterizado pela indefinição do tema (década de 70); b) sendo que no segundo período essa indefinição vai sendo esquecida e as ações afirmativas passam a ter nesse tribunal uma solidificação nas decisões favoráveis à implementação de tais medidas (década de 80); c) e, por fim, o terceiro período que foi caracterizado por uma diminuição da aplicação de ações positivas, como por exemplo, o caso *Wards Cove Packing Co. v. Antonio*, de 1989 no qual afastado o entendimento do caso *Griggs v. Duke Power Company*, de 1971¹⁴⁵. Segundo o autor isto ocorreu em virtude da “Era Regan”¹⁴⁶, uma vez que o Presidente Ronald Regan era contra tais políticas.

Porém, mesmo que na atualidade os EUA tenham leis contrárias às ações afirmativas no âmbito estatual¹⁴⁷, muitos entendem que tais políticas não chegaram ao fim, pois ainda é relevante o apoio da população¹⁴⁸.

Esse conceito de ações afirmativas não ficou adstrito aos Estados Unidos¹⁴⁹, sendo que também foram promovidas, em circunstâncias análogas, em diversos países, dependendo as situações e reivindicações mais necessárias da sociedade, a exemplo da

Dworkin. *Uma Questão de Princípio*. Tradução Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 437 e ss.; e o Caso *United Steelworkers of America v. Weber* (443 U.S. 193/ 1979) em Thomas Sowell. *Affirmative Action Around the World: an Empirical Study...*, p. 128 e ss.

¹⁴² Roberta Fragoso Menezes Kaufmann. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?*..., p. 182.

¹⁴³ Thomas Sowell. *Affirmative Action Around the World: an Empirical Study...*, p. 127 e ss.

¹⁴⁴ Joaquim B. Barbosa Gomes. *Ações Afirmativas & princípio constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 238.

¹⁴⁵ Cf. J. Edward Kellough. *Understanding Affirmative Action: Politics, Discrimination, and the Search for Justice...*, p. 111.

¹⁴⁶ Joaquim B. Barbosa Gomes. *Ações Afirmativas & princípio constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 228-229.

¹⁴⁷ Cf. *Proposition 209* do Estado da Califórnia.

¹⁴⁸ Cf. Jeffrey M. Jones. *Race, Ideology and Support for Affirmative Action*. Gallup, 2005. (Disponível em: <http://www.gallup.com/poll/18091/race-ideology-support-affirmative-action.aspx?version=print>. Acesso em 24/07/2015).

¹⁴⁹ “*As in other countries, affirmative action in the United States has not merely evolved but spread. It has spread to a succession of groups, to a wider range of activities and industries, and the meanings of words have also spread, so that “discrimination”, for example, now encompasses things that no one would have considered to be discrimination when the Civil Rights Act of 1964 was passed*”. Thomas Sowell. *Affirmative Action Around the World: an Empirical Study...*, p. 129.

Europa Ocidental, da Índia, Canadá, África do Sul, Argentina, dentre outros¹⁵⁰. Normalmente tais ações afirmativas tratam de promover a igualdade de grupos minoritários étnicos, raciais, mulheres, deficientes físicos, imigrantes¹⁵¹.

3.2. O que é a ação afirmativa? Breves notas de um conceito

Como já vimos anteriormente, a partir da evolução do princípio da igualdade, que agora se liga aos chamados de direitos sociais (saúde, educação, lazer, moradia etc.), culturais e econômicos. Tais direitos são assim chamados “não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicação de justiça social”¹⁵². Revelam-se assim a necessidade de agir do Estado, chamadas de “prestações positivas”, que estão ligadas intimamente com o direito da igualdade material, ou seja, a concretização dos direitos sociais, resguardando, dessa forma, o direito a igualdade assegurados nas normas constitucionais¹⁵³.

Os sujeitos caracterizados pela exclusão social passaram a ter uma evidência no âmbito jurídico sendo particularizados na tentativa de materializar o princípio da igualdade e, para tal, o uso de ações afirmativas, “ou, na terminologia do direito europeu, de “discriminação positiva” ou “ação positiva””¹⁵⁴ se tornou necessário¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Sabrina Moehlecke. *Ação Afirmativa: História e Debates no Brasil*. In Cadernos de pesquisa, nº 117, 2002, p. 199.

¹⁵¹ “O problema também surge em sociedades democráticas, quando uma cultura majoritária, no exercício do poder político, impinge às minorias a sua forma de vida, negando assim aos cidadãos de origem cultural diversa uma efetiva igualdade de direitos. (...) É claro que uma minoria discriminada só pode obter a igualdade de direitos por meio da secessão sob a improvável condição de concentração espacial. Caso contrário, os velhos problemas ressurgirão com outros sinais. Em geral, a discriminação não pode ser abolida pela independência nacional, mas apenas por meio de uma inclusão que tenha suficiente sensibilidade para a origem cultural das diferenças individuais e culturais específicas”. Jürgen Habermas. *A inclusão do outro estudo de Teoria Política*. São Paulo: Loyola, 2002, pp. 164-166.

¹⁵² Gilmar Mendes; Inocêncio Coelho; Paulo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 224.

¹⁵³ Nesse sentido, José Afonso da Silva, conceitua direitos sociais como “(...) prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos de gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real (...)”. *Curso de Direito Constitucional...*, pp. 286-287.

¹⁵⁴ Cf. Joaquim B. Barbosa Gomes. *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro...*, p.131. V., Também Sergio Gamonal Contreras. *El Principio de no Discriminación por Razones de Sexo en Materia Laboral...*, p. 155 e ss.

¹⁵⁵ É nessa pluralidade dentro do conceito de discriminação que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vem acolhendo a discriminação positiva de forma expressa na sua jurisprudência. Para maiores

De início, as ações afirmativas aparecem no cenário norte-americano relacionado à discriminação no emprego para minorias étnicas, objetivando que no mercado de trabalho fossem refletidos todos os grupos da sociedade. Porém, os primeiros atos adotados com as ações afirmativas nos Estados Unidos chegaram a entrar na história, mas não conseguiram resolver os problemas de discriminação¹⁵⁶, fazendo como que o conceito não ficasse mais restrito às questões trabalhistas reivindicadas no primeiro momento dos movimentos afrodescendentes e sim à medidas que assegurassem a igualdade material como um todo, por exemplo, a utilização de cotas¹⁵⁷.

Nesse contexto e em termos gerais, as políticas afirmativas se desenvolvem a partir do direito à igualdade, do direito à não discriminação e, por fim, ao direito de eliminar os efeitos da exclusão de um passado de discriminação na busca de minimizar as desigualdades porque “os programas de ação afirmativa normalmente são encontrados em países que, além de consagrarem a igualdade perante a lei, também reprimem, quase sempre no âmbito penal, as práticas mais comuns de discriminação. Portanto, até no aspecto temporal, a ação afirmativa normalmente apresenta-se como um terceiro estágio – depois da isonomia e da criminalização de práticas discriminatórias – na correção de distorções sociais”¹⁵⁸.

Contudo, tratar da definição dessas ações afirmativas é debater de forma genérica as discursões doutrinárias que o direito Constitucional enfrenta, a começar pela denominação entre o termo discriminação positiva e ação afirmativa, “embora alguma doutrina distinga entre os dois termos, a maior parte dos estudos, mesmo os mais apurados analiticamente, não hesitam em identifica-los”¹⁵⁹.

Para muitos essa concepção é muito ampla, pois não há uma delimitação do dever estatal que “inicialmente se definiam como um mero encorajamento por parte do Estado (...) e tal encorajamento tinha por meta, tanto quanto possível, ver concretizada o ideal de que tanto as escolas quanto as empresas refletissem em sua composição a representação de

desenvolvimentos, cf. Dulce Lopes. *A jurisprudência do tribunal europeu dos Direitos do Homem vista à luz do princípio da não discriminação...*, p. 54.

¹⁵⁶ “É a pior incompreensão possível supor que os programas de ação afirmativa tem como intuito produzir uma América balcanizada, dividida em subnações raciais e étnicas. Eles usam medidas vigorosas porque as mais suaves fracassarão, mas seu objetivo final é diminuir, não aumentar a importância da raça na vida social e profissional norte-americana”. Ronald Dworkin. *Uma questão de princípio...*, p. 439.

¹⁵⁷ Destacamos aqui que as cotas configuram simplesmente uma das modalidades da ação afirmativa e, atualmente, são quase que totalmente inutilizadas nos EUA por serem consideradas inconstitucionais. Desenvolvemos tal tema no tópico sobre as espécies de ações afirmativas.

¹⁵⁸ Paulo Lucena de Menezes. *A Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, p. 29.

¹⁵⁹ Cf. Vera Lúcia Raposo. *O poder de Eva...*, p. 305.

cada grupo na sociedade (...)”¹⁶⁰. Já outros autores entendem não haver necessidade de realizar tal delimitação, uma vez que a ação afirmativa seria toda e qualquer prestação estatal¹⁶¹.

Dessa forma, a noção de medidas afirmativas passa pelo papel que o Estado exerce, como função fundamental em promover as ações afirmativas, pois o princípio da igualdade assumido nas constituições gera tal obrigação em criar tratamentos desiguais nas medidas das desigualdades existentes¹⁶², por isso que se diz que as políticas públicas são também políticas afirmativas quando a implementação da política visa a redução de desigualdade reais para determinados grupos vulneráveis¹⁶³.

Assim, as ações afirmativas basicamente são várias estratégias praticadas pelo Estado com o objetivo de promover a igualdade material, de favorecimento de grupos sociais, os quais se encontram em situações de vulnerabilidade social em face do exercício de discriminações negativas. Então, as ações afirmativas “são medidas especiais que buscam eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que eles sejam neutralizados, o que se realiza por meio de providencias efetivas em favor das categorias que se encontram em posições desvantajosas”¹⁶⁴.

Diante disso, na atualidade são definidas como medidas intermediárias para a aceleração do processo de igualdade, desenvolvidas para tentar amenizar um passado objetivando a promoção e ascensão de minorias na sociedade e, assim, ocorrer à equiparação com os demais por intermédio dessas ações que aceleram o processo de igualdade¹⁶⁵. É através desse conceito que se torna possível eliminar os efeitos da exclusão

¹⁶⁰ Cf. Joaquim B. Barbosa Gomes. *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro...*, p. 134.

¹⁶¹ “Se se adota um conceito amplo de prestação, todos os direitos a uma ação estatal positiva podem ser classificados como direitos a prestações estatais em um sentido mais amplo; de forma abreviada: como direitos a prestações em sentido amplo”. Robert Alexy. *Teoria dos Direitos Fundamentais...*, p. 433.

¹⁶² “Por el contrario, en un interesante espectro de casos, los derechos de igualdad garantizan derechos que pertenecen al status positivo. Con el mismo argumento, entonces, también podrían denominarse los derechos de igualdad como ‘derechos modales de prestación’, y podría aducirse para ello, que estos derechos exigen siempre una prestación, a saber: un tratamiento diferenciado en el marco de la acción estatal, que sea capaz de satisfacer las exigencias de los derechos de igualdad”. Martín Borowski. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 117-118.

¹⁶³ “(...) políticas sociais de apoio e de promoção de determinados grupos socialmente fragilizados. (...) A essas políticas sociais, que nada mais são do que tentativas de concretização da igualdade substancial ou material (= igualdade fática), dá-se a denominação de “ação afirmativa” (...)”. Joaquim B. Barbosa Gomes. *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro...*, p. 131.

¹⁶⁴ Paulo Lucena de Menezes. *A Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, p. 27.

¹⁶⁵ Flávia Piovesan. *Ações Afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas*. In: Estudos Feministas, 16(3): 424, setembro-dezembro, 2008.

do passado, podendo advir de iniciativas públicas ou privadas¹⁶⁶, uma iniciativa para “todos”, um mecanismo da sociedade não importando de quem seja sua iniciativa, uma vez que seu objetivo central é a concretização do princípio à igualdade.

A ocorrência de políticas de ação afirmativa depende da existência de desigualdades que comprometam o direito a igualdade de sujeitos de minorias determinada¹⁶⁷. Na definição de Menezes, “ação afirmativa, nos dias correntes, é termo de amplo alcance que designa o conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade em razão, na maior parte das vezes, da prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas”¹⁶⁸.

Tendo com destinatários da ação afirmativa, sujeitos que são discriminados da sociedade, que na sociedade ocidental podemos citar como exemplo raça, sexo, origem étnica, religião, idade, deficientes. Alguns desses destinatários já foram alvos de estudo nesse trabalho sob o aspecto do princípio da *não discriminação*, que é “meramente proibitiva”¹⁶⁹ e na qual incide uma punição somente após o fato. Dado ponto é particularmente distintivo das *ações afirmativas*, uma vez que essas “possuem natureza multifacetária”¹⁷⁰, ou seja, o objetivo é promover a igualdade em circunstâncias já conhecidas de práticas discriminatórias. Dessa forma, podemos dizer que são discriminações justificadas.

Sucintamente o problema do princípio da não discriminação é justamente o seu caráter proibitivo e literal que não resolve eficazmente o problema da discriminação, isto porque “a discriminação (...) é um fenômeno social, antes de jurídico. Não estamos diante de episódios isolados de tratamento desigual, mas sim diante de uma prática sistemática generalizada, que muitas vezes não é imposta por uma norma jurídica, mas o resultado de padrão de conduta social implícito, de estereótipos muito arraigados, como o da

¹⁶⁶ Paula Prux. *As Ações Afirmativas sob o enfoque dos Direitos Fundamentais*. Universidade Federal de Juiz de Fora. (Disponível em: http://www.fempapr.org.br/artigos/upload_artigos/paula%20prux.pdf. Acesso em 05/03/2015).

¹⁶⁷ Nesse sentido, “(...) as medidas de ação positiva podem ser definidas como medidas que outorgam a grupos de pessoas que se encontram em posição desfavorável face à restante população um tratamento formalmente desigual, para elas mais favorável, passível de as fazer superar a referida situação de desfavorecimento. Os membros do colectivo em causa são beneficiados com base na sua pertença ao grupo, não atendendo a situações individuais” Vera Lúcia Raposo. *O poder de Eva...*, pp. 316-317.

¹⁶⁸ Paulo Lucena de Menezes. *A Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, p. 27.

¹⁶⁹ Joaquim B. Barbosa Gomes. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade – O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA...*, p. 40.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 41.

inferioridade da mulher ou de certas etnias. (...) de pouco serve acabar com a discriminação diante a lei, ou imputar essa obrigação aos poderes públicos em geral, se não se ataca a raiz do problema, que é o preconceito social”¹⁷¹.

Ligando a esse pensamento, o conceito jurídico das ações afirmativas, é um caminho para a solução da problemática das questões sociais, é o direcionamento de privilégios, com objetivos de recuperar direitos suprimidos por um grupo socialmente excluído, ou seja, é a “(...) concessão de certos direitos ou até vantagens especificamente a determinadas pessoas – as que se encontram em situações de inferioridade, de carência, de menor proteção – a diferenciação ou a discriminação (positiva) tem em vista alcançar a igualdade e tais direitos ou vantagens configuram-se como instrumentais em face desses fins”¹⁷².

O conceito jurídico das ações afirmativas é justificado por ser um meio de recuperação de direitos retirados de grupos minoritários. Através dessa “desigualação positiva” é gerada a “igualação jurídica”, promovendo, assim, a igualdade nos termos do Estado de Direito, tanto no âmbito formal e material. Em suma, seria o meio jurídico para ultrapassar as desigualdades sociais, econômicas e políticas em que essas minorias se encontram¹⁷³.

É nesse sentido que Vera Lúcia Raposo sustenta que a discriminação positiva é uma concepção nova de justiça e não simplesmente uma interpretação de concretização do princípio da igualdade material¹⁷⁴. Ainda nesta linha, Mariana Canotilho afirma que o conceito de igualdade deve ser repensado devendo ser observado à discriminação no aspecto da desvantagem e não da diferença, podendo dessa forma combater as discriminações negativas através das medidas discriminação positiva¹⁷⁵.

3.3. Teoria dos critérios das diferenciações da discriminação positiva

A sessão a seguir se destina para desenvolvermos a teoria que deve ser aplicada para a adoção da discriminação positiva, a partir da fundamentação e das espécies, com base em algumas experiências desenvolvidas em outros alguns ordenamentos.

¹⁷¹ Juan Maria Bilbao Ubillos e Fernando Rey Martinez *apud* Mariana Canotilho. *Brevíssimos apontamentos sobre a não discriminação no direito da União Europeia...*, pp. 102-103.

¹⁷² Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional...*, pp. 268-269.

¹⁷³ Cf. Carmen Lúcia Antunes Rocha. *Ação Afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica...*, p. 286.

¹⁷⁴ Cf. Vera Lúcia Raposo. *O poder de Eva...*, p. 305.

¹⁷⁵ Mariana Canotilho. *Brevíssimos apontamentos sobre a não discriminação no direito da União Europeia...*, p. 102.

3.3.1. Fundamento das ações afirmativas

O conceito em si já trata de fundamentar as ações afirmativas, porém, como metodologia de trabalho resolvemos tratar das principais considerações acerca do assunto para assim justificar a aceitação ou a rejeição de tais medidas em virtude da controvérsia do tema. Além disso, o tratamento desigual por tudo que já tratamos com relação à igualdade deve ser justificado¹⁷⁶.

Para essa questão trataremos dos seguintes fundamentos: a) a questão histórica, em que discriminações eram voltadas para grupos minoritários; b) em razão da noção de distribuição; c) baseada no princípio da dignidade humana.

Primeira justificação a ser identificada é a questão histórica do princípio da igualdade já tratada nesse trabalho, uma vez que as ideias de igualdade formal e material¹⁷⁷ entraram em colisão, resultando no nascimento em várias constituições no plano do direito internacional, de políticas sociais voltadas para grupos mais vulneráveis, consagrando assim o surgimento das ações afirmativas¹⁷⁸.

Dessa forma, um dos conceitos de ações afirmativas aqui tratados versa justamente no tratamento compensatório de tais medidas para compensar danos e discriminações do passado. Isto nada mais é do que uma indenização para indivíduos excluídos socialmente, no entanto, essa não é a fundamentação mais precisa e sustentável porque os sujeitos que receberam os benefícios da política afirmativa não serão necessariamente os mesmos indivíduos que no passado sofreram o dano e, além disso, aqueles que não serão beneficiados por tais políticas, ou seja, que de certa forma serão prejudicados, normalmente não são os que provocaram os danos a tais sujeitos vulneráveis¹⁷⁹¹⁸⁰. Assim, esse argumento de justiça compensatória rompe com a noção

¹⁷⁶ Todavia, na opinião de Ronald Jerry Fiscus, tal tema já foi demasiadamente justificado, não tendo mais necessidade e fundamentação. *The Constitutional Logic of Affirmative Action*. Durham: Duke University Press, 1992, p. 03.

¹⁷⁷ “Ora, muito por força da ação de movimentos reivindicatórios de aprofundamento da cidadania e das lutas sociais inerentes, as Constituições ocidentais foram reconhecendo a necessidade de, a par da igualdade formal, reconhecer e consagrar expressamente a igualdade material, para o que se foi desenvolvendo uma doutrina sobre a necessidade de medidas discriminatórias positivas, também chamadas “ações positivas””. Jorge Costa. *Direito como Instrumento para igualdade de Homens e Mulheres...*, p. 62.

¹⁷⁸ Joaquim B. Barbosa Gomes. *Direito, Sociedade Civil e Minorias no Brasil da Virada do Milênio*. In *Direito e Mudança Social*/Denise Dourado Dora (Coord.), Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁷⁹ Cf. Ronald Jerry Fiscus. *The Constitutional Logic of Affirmative Action...*, p. 08.

¹⁸⁰ “O problema da adoção dessa teoria para justificar a imposição de políticas afirmativas é que se afigura deveras complicado responsabilizar, no presente, os brancos descendentes de pessoas que, em um passado remoto, tiveram escravos. Ademais seria praticamente impossível, em um miscigenado como o Brasil,

basilar do direito nas questões de reparação de danos, que depende da identificação de três elementos: o ato ilícito, o dano e por fim o nexo de causalidade¹⁸¹.

Todavia, uma política compensatória direcionada para um grupo específico satisfaz a fundamentação da reparação, uma vez que as discriminações sofridas no passado se refletem na atualidade e são facilmente identificadas¹⁸², dado que não se pode negar que “historicamente, e não raro, as minorias étnicas e culturais sofrem o esmagamento social, político e econômico das classes dominantes (...)”¹⁸³. Dessa forma, Flavia Piovesan se posiciona na perspectiva de ser imprescindível alinhar políticas compensatórias com a proibição da discriminação, sendo necessárias as ações afirmativas como estratégias efetivamente capazes de incluir grupos vulneráveis¹⁸⁴¹⁸⁵.

Há, também, a fundamentação justiça distributiva que traz a noção de redistribuição direitos baseados na equidade, minimizando a exclusão que a discriminação acarreta para determinadas minorias, ou seja, “(...) redistribuição de bens, benefícios, vantagens e oportunidade que fora, indevidamente monopolizados por um grupo em detrimento de outros, por meio de um artifício moralmente e juridicamente condenável – a

identificar quem seriamos beneficiados do programa compensatório, já que os negros de hoje não foram vítimas da escravidão. Culpar pessoas inocentes pela prática de atos dos quais discordam parece promover a injustiça, em vez de procurar a equidade. Assim, a teoria compensatória não poderia ter espaço quando os indivíduos que são tratados como um grupo – o dos descendentes dos antigos senhores escravocratas – não endossaram as atitudes em relação às quais serão responsabilizados ou, então, não exerceram qualquer tipo de controle em relação a elas.” Roberta Fragozo Menezes Kaufmann. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?...*, p. 222.

¹⁸¹ Joaquim B. Barbosa Gomes. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade – O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA...*, p. 65.

¹⁸² Joaquim B. Barbosa Gomes. *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro...*, p. 137.

¹⁸³ Carlos Roberto Siqueira Castro. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais...*, p. 363.

¹⁸⁴ “Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto como processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão/exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica violenta exclusão e intolerância à diferença e à diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação”. Flávia Piovesan. *Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos...*, p. 49.

¹⁸⁵ No mesmo sentido, António de Araújo trata que as discriminações por ter um intuito compensatório, devem ser aplicadas sob pena de manter a discriminação, vejamos: “Sempre que uma medida de discriminação positiva é negada a cidadãos ou grupos que dela carecem, cria-se uma desigualdade não apenas em relação àqueles que dela beneficiam como em relação à sociedade em geral. Em suma, se a discriminação tem um propósito “compensatório” ou “equilibrante”, a sua denegação significa, ao cabo e ao resto, a manutenção de um *statu quo* inigualitário”. *Cidadãos portadores de deficiência: O seu lugar na Constituição da República...*, p. 113.

discriminação (...)”¹⁸⁶. Outro argumento favorável para a fundamentação da justiça distributiva é a promoção do equilíbrio das questões sociais, as quais não estariam desequilibradas se não tivessem sido provocadas, assim “*there is no violation of equal protection when society acts to restore the equilibrium that would have naturally occurred under nonracist conditions*”¹⁸⁷.

Ainda no aspecto da justiça distributiva, a doutrina encontra a função de promover o “bem-estar geral”, uma vez que minimizando os problemas decorrentes das discriminações, entre eles, a pobreza e a exclusão social, faria com que consequentemente reduzissem o ódio, a hostilidade e a falta de respeito que a ampla desigualdade econômica causa¹⁸⁸.

Ademais, as ações afirmativas são defendidas também como base no respeito ao binômio dos princípios de dignidade humana e do pluralismo jurídico¹⁸⁹, concomitante a isso, sopesando o histórico de discriminação e os reflexos desse passado na atualidade. As fundamentações das ações afirmativas resumem nos conceitos de justiça compensatória, distributiva e, também, pelos princípios da dignidade humana e do pluralismo jurídico¹⁹⁰.

Por fim, para a adoção das ações afirmativas devem ser observadas as consequências de tal discriminação para que não seja desproporcional¹⁹¹, devendo ser

¹⁸⁶ Joaquim B. Barbosa Gomes. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade – O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA...*, p. 68.

¹⁸⁷ Ronald Jerry Fiscus. *The Constitutional Logic of Affirmative Action...*, p. 38.

¹⁸⁸ Joaquim B. Barbosa Gomes. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade – O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA...*, p. 68.

¹⁸⁹ Álvaro Ricardo de Souza Cruz. *O Direito à Diferença: As Ações Afirmativas como Mecanismo de Inclusão Social de Mulheres, Negros, Homossexuais e Pessoas Portadoras de Deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 171-184. Nesse sentido, Flávia Piovesan ainda trata do pluralismo social, como base das ações afirmativas, pois “cumprem uma finalidade pública decisiva ao projeto democrático: assegurar a diversidade e pluralidade social”. *Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos...*, p. 49.

¹⁹⁰ Tais fundamentações ainda geram controvérsias e debates, porém, como não é o foco de trabalho traçar tais controvérsias seguimos conforme o entendimento de alguns autores que já tratam por fundamentar as ações afirmativas tanto pela justiça compensatória, distributiva e também pelos princípios da dignidade humana e do pluralismo jurídico, sendo argumentos que se complementam e não se excluem, dessa forma: “(...) mesmo que as argumentações compensatórias e distributivas despertem fervorosos debates, com ambas as facetas dividindo juristas e doutrinadores, não há óbices para que ambas as correntes possam ser conjugadas e, diante de suas especificidades, completadas por uma e por outra. Isto porque, ao se propor o incremento de políticas de discriminação positiva, respeitados os princípios do pluralismo e da dignidade da pessoa humana, não se deixa de levar em conta as injustiças cometidas no passado, as quais se refletem nos dias atuais na forma de desvantagens socioeconômicas e, tampouco, deixa-se de considerar que é preciso uma distribuição mais equânime de oportunidade entre aqueles marginalizados socialmente.” Sidney Pessoa Madruga da Silva. *Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 97.

¹⁹¹ “(...) independentemente da demonstração da intenção de discriminar, o impacto real de medidas em si neutras não venha, de modo desproporcional, determinados grupos, colocando-os em situação de efetiva desvantagem em relação aos demais segmentos sociais, pena de tais medidas serem consideradas incompatíveis

guiadas por “critérios objetivos e razoáveis, necessários e suficientes para tal e não onerosos”¹⁹².

3.3.2. Espécies de ações afirmativas

O estudo da discriminação positiva foi evoluindo e hoje podemos citar algumas de suas espécies, as quais são fundamentais para o estudo, pois não poderíamos tratar desigualmente indivíduos que com o tempo se tornaram iguais. Não se pode esquecer que essas distinções são pensadas e executadas com a finalidade de combater as práticas discriminatórias e, deste modo, minimizar os efeitos dessa prática em sujeitos marcados pelo preconceito histórico.

Destacamos que não há uma espécie ou somente as espécies trazidas aqui de implementação de ações afirmativas. Convém deixar claro que tais políticas dependem do histórico de discriminação de cada sociedade e que até agora o estudo foi traçado de maneira genérica, somente como forma de deixar o leitor à vontade com o tema e com as fundamentações existentes do estudo. O exemplo dessas diferenças na sociedade é o método das chamadas cotas, as quais nos Estados Unidos, onde *a priori* foi admitido tal método, atualmente é considerado inconstitucional¹⁹³, enquanto que no Brasil as cotas têm cada vez mais espaço no sistema educacional, ou seja, “ação afirmativa não se confunde nem se limita às cotas”¹⁹⁴.

com o principio da igualdade”. Ingo Wolfgang Sarlet; Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 540.

¹⁹² Aldacy Rachid Coutinho. Comentário ao artigo 7º, XXXI. In J. J. Gomes Canotilho; Gilmar F. Mendes; Ingo W. Sarlet; (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1329. No mesmo sentido: “Apenas superarão o teste de constitucionalidade as medidas de ação positiva que apresentarem as seguintes características: a) seja mínima a diferença de mérito entre o membro do colectivo menosprezado que acaba por ser seleccionado e o indivíduo que caso contrário o seria; b) os objectivos percentuais fixados sejam flexíveis, de modo a poderem sofrer adaptações, conforme a evolução da situação; d) se verifique a exigida proporcionalidade entre os ganhos obtidos e os custos sociais e jurídicos que implica”. Vera Lúcia Raposo. *O poder de Eva...*, p. 332.

¹⁹³ “O sistema de quotas, de fato, praticamente não é utilizado nos Estados Unidos, na atualidade, por ser considerado inconstitucional. No caso, entende-se que esse método impõe um tratamento discriminatório contra certas pessoas (aquelas que não integram o grupo beneficiado com o programa de ação afirmativa), o que normalmente é feito com base em critérios vedados pela Constituição ou pela legislação ordinária (v.g. raça). Outrossim, uma série de pesquisas realizadas nas últimas duas décadas também revela que a opinião publica não aprova este sistema, embora seja favorável a outras formas de ação afirmativa, como a oferta de treinamento profissional complementar para grupos marginalizados”. Paulo Lucena de Menezes. *Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 31.

¹⁹⁴ Sergio Gamonal Contreras. *El Principio de no Discriminación por Razones de Sexo en Materia Laboral...*, p. 155.

Dessa forma, as espécies de ações afirmativas dividem-se em medidas especiais transitórias¹⁹⁵, só devendo continuar nos casos em que os objetivos que deram ensejo a política não forem alcançados, executadas pelo poder público ou pela iniciativa privada, compulsoriamente ou facultativamente¹⁹⁶.

Tais ações são temporais porque são medidas especiais que têm o objetivo de acelerar a igualdade¹⁹⁷. Podemos perceber esse caráter temporal na Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (art. 4º, nº 1)¹⁹⁸, bem como na Convenção Internacional sobre todas as Formas de Discriminação Racial (art.1º, nº 4)¹⁹⁹, que as medidas de ações afirmativas não continuem quando os objetivos de igualdade forem alcançados²⁰⁰.

Todavia, esse caráter temporário das ações afirmativas não é rígido nem obrigatório, pois há tratamentos desiguais permanentes como é o caso de sujeitos portadores de deficiência. Assim, a temporariedade é somente uma espécie de medidas afirmativas²⁰¹.

¹⁹⁵ “São medidas compensatórias corretivas de situações de fato, daí decorrendo seu caráter temporário, enquanto estes forem reveladores de uma desigualdade real, com vistas à supressão da desigualdade de fato social e econômica, enfrentando aspectos culturais surgidos nas contradições da história”. Cf. Aldacy Rachid Coutinho. Comentário ao artigo 7º, XXXI. In J. J. Gomes Canotilho; Gilmar F. Mendes; Ingo W. Sarlet; (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1329.

¹⁹⁶ Cartilha intitulada por *Ações Afirmativas: Afirmando Direitos Reconhecendo Diferenças*. São Paulo: Núcleo de Estudos Afro-Brasileiros da Universidade Federal de São Carlos (NEAB/UFSCar), 2007, p. 8. (Disponível em <http://www.acoes.ufscar.br/admin/arquivoneab/arquivos/arquivo2.pdf>. Acesso em 30/01/2015). V. também Cf. Flávia Piovesan. *Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos*. In *Cadernos de Pesquisa*, vol. 35 n.124, São Paulo, Jan./abr., 2005, p. 49. (Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-15742005000100004>. Acesso em: 30/01/2015).

¹⁹⁷ Vide, Renata Malta Vila-Boas, *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade...*, p. 220.

¹⁹⁸ Art. 4º, nº 1: “A adoção pelos Estados Partes de medidas temporárias especiais visando acelerar a instauração de uma igualdade de facto entre os homens e as mulheres não é considerada como um acto de discriminação, tal como definido na presente Convenção, mas não deve por nenhuma forma ter como consequência a manutenção de normas desiguais ou distintas; estas medidas devem ser postas de parte quando os objectivos em matéria de igualdade de oportunidades e de tratamento tiverem sido atingidos”.

¹⁹⁹ Art. 1º, nº 4: “As medidas especiais adoptadas com a finalidade única de assegurar convenientemente o progresso de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que precisem da protecção eventualmente necessária para lhes garantir o gozo e o exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais em condições de igualdade não se consideram medidas de discriminação racial, sob condição, todavia, de não terem como efeito a conservação de direitos diferenciados para grupos raciais diferentes e de não serem mantidas em vigor logo que sejam atingidos os objectivos que prosseguiram”.

²⁰⁰ Assim, a temporariedade das ações afirmativas se justifica na medida em que o objetivo destas é a superação das desigualdades e não a permanência de situações de discriminação, nesse sentido, Jorge Miranda afirma; “(...) discriminações positivas são situações de vantagem fundadas, desigualdades de direito em consequência de desigualdades de facto, tendentes à superação destas e, por isso, em geral, de caráter temporário”. *Manual de Direito Constitucional...*, pp. 280-281. Nesse sentido ,cf. Rafael Sastre Ibarreche. *La acción Positiva para las Mujeres en el Derecho Comunitario...*, p. 94.

²⁰¹ “Do mesmo modo, é bastante questionável propor que todas as espécies de ações afirmativas sejam implementadas em ‘caráter temporário’, à medida que, assim considerado sem exceções, deixará de contemplar certas parcelas significativas da sociedade, como os índios, quilombolas e ciganos, cujas

No caso da norma constitucional trazer no seu bojo o desejo para alcançar a extinção de desigualdade devendo o Estado ter uma maior atenção significa que o estado pode escolher com meio medidas de ações afirmativas²⁰². Nesse caso, podemos identificar como sendo medidas facultativas pelo Estado que foram autorizadas pelo legislador originário, mas não obrigatórias. Porém, há casos que tais medidas são obrigadas o Estado a cumprir²⁰³, como no caso da Constituição brasileira, a qual reserva vagas de cargos públicos a pessoas portadoras de deficiência (artigo 37, VIII).

Geralmente essas medidas afirmativas são um instrumento do Estado que utiliza políticas afirmativas para alcançar os desígnios determinados na norma Constitucional do seu país, dependendo da necessidade e obedecendo às peculiaridades de cada sociedade²⁰⁴²⁰⁵.

peculiaridades culturais e socioeconômicas demandam um constante acompanhamento e mudanças de estratégias e políticas dos órgãos governamentais”. Sidney Pessoa Madruga da Silva. *Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira...*, p. 266.

²⁰² “Se o dador de leis deve perseguir um objetivo e vários meios idôneos, por exemplo, um geral igualmente bons, estão à disposição, ele, fundamentalmente, tem a liberdade da escolha dos meios”. Robert Alexy. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 80.

²⁰³ “O Estado age de forma interventiva para poder garantir a efetivação do princípio da igualdade, porque, se nada for feito, as barreiras impostas pelo preconceito e pela discriminação dificilmente permitiriam a igualdade de acesso às melhores chances de emprego e de educação às minorias”. Roberta Fragoso Menezes Kaufmann. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?...*, p. 225.

²⁰⁴ “Desse imperativo de atuação ativa do Estado nasceram as Ações Afirmativas, concebidas inicialmente nos Estados Unidos da América, mas hoje já adotadas em diversos países europeus, asiáticos e africanos, com as adaptações necessárias à situação de cada país. O Brasil, país com a mais longa história de escravidão das Américas e com uma inabalável tradição patriarcal (...)”. Joaquim B. Barbosa Gomes. *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro...*, p. 134.

²⁰⁵ Nos Estados Unidos a espécie de medidas afirmativas identificadas, são distintas dessas apresentadas, em resumo: a identificação de atos discriminatórios; medidas inclusivas; implementação de “*outreach programs*”; tratamento preferencial nas relações de emprego. Tais espécies foram identificadas por Christopher McCrudden; “a) A erradicação da discriminação mediante a identificação de práticas discriminatórias, e as acomodações das verdadeiras diferenças entre as pessoas; b) a adoção de diretrizes, à primeira vista neutras, porém propositadamente inclusivas, que produzem o efeito de melhorar as perspectivas dos integrantes de grupos específicos; c) a implantação de programas de assistência social extrapolantes (*outreach programs*), destinados a divulgar oportunidade de emprego aos integrantes de grupos específicos, bem como a atrair candidatos qualificados que integrem tais grupos; d) tratamento preferencial no emprego e em outras áreas, mediante o qual são conferidos aos integrantes de grupos específicos benefícios denegados aos integrantes de outros grupos; e) a redefinição do princípio do mérito, do que resulta tal condição de integrante do grupo torna-se uma qualificação na mudança de emprego, em vez de constituir exceção.” Paulo Lucena de Menezes. *A Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, pp. 30-31.

CAPÍTULO IV - UMA ANÁLISE DA APLICABILIDADE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS EM PORTUGAL E NO BRASIL

A seguir será foco deste capítulo debater a possibilidade jurídica de efetivar as medidas de ações afirmativas nas hipóteses específicas autorizadas no âmbito do direito português e brasileiro, demonstrando, assim, a realidade de tais medidas na atualidade. Nesta seção se utilizará de legislações juntamente com as interpretações doutrinárias de cada país para fundamentar a adoção de medidas de discriminação positiva.

4.1. Breves notas das ações afirmativas no âmbito internacional e na União Europeia

Primeiramente, cabe destacar as ações afirmativas no Direito Internacional, o qual apresenta amplo contributo na autorização à instituição das ações afirmativas, por exemplo, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher que inova no âmbito da igualdade de gênero, sendo que até então só se tinha conceitos amplos, sem uma proteção direcionada a mulher²⁰⁶.

Tal Convenção impõe aos Estados membros que adotem “medidas temporais especiais”, que acelerem a ascensão dos direitos a igualdade das mulheres efetivamente²⁰⁷. As ações afirmativas autorizadas pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher devem ser temporárias e a sua razão de existir é na medida das desigualdades reais entre homens e mulheres, demonstrando assim que tais ações são somente uma ponte para o alcance da igualdade. Essa convenção se sobressai diante das demais, uma vez que “nunca até então um instrumento internacional de vocação universal tinha dado uma passo tão radical”²⁰⁸, na promoção da igualdade através de ações afirmativas²⁰⁹.

²⁰⁶ “Até à data, todas as Declarações e Convenções das Nações Unidas proclamavam apenas a igualdade entre os sexos de uma forma indefinida e descomprometida, ou protegiam o estatuto das mulheres no seu exclusivo papel de mães. Por exemplo, a DUDH protegia mulher-mãe e não a mulher *tout court*.”. Vera Lúcia Raposo. *O poder de Eva...*, p. 61.

²⁰⁷ Art. 4.º n.º 1: “A adoção pelos Estados Partes de medidas temporárias especiais visando acelerar a instauração de uma igualdade de facto entre os homens e as mulheres não é considerada como um ato de discriminação, tal como definido na presente Convenção, mas não deve por nenhuma forma ter como consequência a manutenção de normas desiguais ou distintas; estas medidas devem ser postas de parte quando os objetivos em matéria de igualdade de oportunidades e de tratamento tiverem sido atingidos”.

²⁰⁸ Vera Lúcia Raposo. *O poder de Eva...*, p. 62.

²⁰⁹ “A Convenção objetiva não só erradicar a discriminação contra a mulher e suas causas, como também estimular estratégias de promoção da igualdade. Combina a proibição de discriminação com políticas

Outro exemplo no plano internacional, mesmo que mais recente, é a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, das Nações Unidas (2006) que trata sob duas vertentes do direito a igualdade, uma relacionada à proibição de discriminação e, a outra, relacionada à imposição de medidas de ações afirmativas para garantir a chance para os deficientes se inserirem no mercado de trabalho²¹⁰. Tais exemplos de convenções internacionais demonstram a preocupação do direito internacional em promover a igualdade material nos diversos setores que sofrem discriminações, através das ações afirmativas.

Já especificamente no direito da União Europeia a “legislação europeia antidiscriminação”²¹¹ acompanhou a tendência das normas internacionais, sendo elaborada a Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH) em 1950, inspirada nos motes da Declaração Universal dos Direitos do Homem, com atenção voltada aos direitos de igualdade e não discriminação²¹².

No art. 14º da CEDH encontramos a “proibição de discriminação” que veda o emprego de práticas discriminatórias, “(...) fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação”²¹³. A alteração feita em 2000 na CEDH com o protocolo nº 12 é de suma importância para o nosso estudo, pois a alteração feita pode-se dizer que a CEDH vem aprovar a adoção das ações afirmativas, já que até então, a proibição de discriminação em diversos documentos normativos não

compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo, mediante a adoção de medidas afirmativas, enquanto medidas especiais e temporárias voltadas a aliviar e remediar o padrão discriminatório que alcança as mulheres”. Flávia Piovesan. *Direitos Humanos das Mulheres no Brasil: desafios e perspectivas...*, p. 207.

²¹⁰ “este instrumento internacional impõe não só a proibição da discriminação, mas também a adoção de medidas positivas que visem assegurar a efetiva igualdade de oportunidades entre pessoas deficientes e os demais trabalhadores, principalmente no acesso ao emprego e à formação profissional, quer no setor público, quer no setor privado.” Teresa Coelho Moreira. *Igualdade e não discriminação: estudos de direito do trabalho...*, p. 172.

²¹¹ *Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação*. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2011, p. 12. (Disponível em: <http://www.cite.gov.pt/pt/destaques/noticia243.html>).

²¹² A CEDH é uma reunião de direitos humanos, vinculativa a todos os estados que fazem parte do Conselho da Europa, por isso a importância dada a tal Convenção, pois para os Estados membros da UE fazerem parte do Conselho da Europa são obrigados a aderirem a CEDH.

²¹³ A Convenção Europeia de Direitos Humanos, “aplica-se expressamente a situações de desigualdade qualificada ou verdadeira discriminação. Não se trata apenas de proibir distinções irrazoáveis ou desproporcionadas, mas de defender a dignidade da pessoa humana, vedando a utilização de critérios diferenciadores especialmente censuráveis que a coloquem em causa, e que são exemplificativamente indicados no corpo daquele artigo. O que se pretende, enfim, é evitar que a igualdade seja afirmada, ao passo que a discriminação – a forma mais infame de desigualdade- continue a ser praticada”. Dulce Lopes. *A jurisprudência do tribunal europeu dos Direitos do Homem vista à luz do princípio da não discriminação...*, p. 49.

resultou em igualdade. Assim, as ações afirmativas assumem a partir desse protocolo um papel de compensar e corrigir as desigualdades. Todavia, essas medidas afirmativas, trazidas no protocolo nº 12, devem atender aos requisitos de adequação e de proporção da desigualdade que pretende proteger e, além disso, não podem segundo o protocolo serem aplicadas para as relações privadas, sendo direcionadas para o Estado²¹⁴.

Além da CEDH, as ações afirmativas aparecem no Tratado da União Europeia que em 1997 foi alterado passando a constar no art. 141º, nº 4, a expressão “medidas que prevejam regalias específicas”, que apesar de não constar o termo “discriminação positiva” no artigo, já é pacífico que tal expressão faz referencia a adoção de medidas de discriminação positiva, porém tal artigo é restrito ao direito do trabalho, com o objetivo de equilibrar as desigualdades nesse setor²¹⁵.

No direito derivado as ações afirmativas recebem destaque na diretiva 2000/43/CE, a qual autoriza expressamente no art. 5º que os Estados-Membros adotem medidas de ação positiva para prevenir ou compensar desigualdades em razão racial ou étnica.

Ainda no contexto do direito derivado destacamos a diretiva 76/207/CEE, a qual teve o seu maior contributo na consagração da igualdade de tratamento nas condições de acesso ao trabalho da mulher. Além disso, na redação do art. 2º, n.º 4, previa a utilização de “medidas que tenham em vista promover a igualdade de oportunidades entre homem e mulheres, em particular às que corrijam as desigualdades de fato (...)”, e, dessa forma, autorizava a aplicação das ações afirmativas na União Europeia.

²¹⁴ “Todavia, é com o protocolo n.º 12 que é dado um passo significativo no sentido da admissibilidade de acções positivas, à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Esta possibilidade resulta da constatação da insuficiência de, apenas por intermédio da proibição de discriminação, se obter uma igualdade efectiva, assumindo aquelas acções positivas uma função correctora e compensadora de determinadas estruturas sociais concebidas com base num paradigma de igualdade formal e não substancial. A aproximação seguida é, ainda assim, de cautela, pois tais medidas, admitidas pelo Protocolo, para além de terem de ser adequadas e proporcionais ao objetivo a prosseguir – sob pena de se converterem num instrumento de acentuação de desigualdades e não da sua correcção – não podem ser imposta directamente a privados. As únicas situações em que as acções positivas podem beneficiar de efeito directo horizontal, de acordo com o protocolo nº12, são aquelas incluídas num contexto regulatório de direito público, no qual o Estado assume especiais responsabilidades, como sucede no acesso ao trabalho ou a determinados bens de serviços”. Dulce Lopes. *A jurisprudência do tribunal europeu dos Direitos do Homem vista à luz do princípio da não discriminação...*, p. 53.

²¹⁵ Vera Lúcia Raposo. *O poder de Eva...*, p. 206. Nesse sentido, cf. Maria do Rosário Palma Ramalho. *Igualdade de Género e Direito Comunitário – Notas Breves. In ex aequo nº 10, 2004, p. 55; Rafael Sastre Ibarreche. La acción Positiva para las Mujeres en el Derecho Comunitario...*, p. 94; Maria do Céu da Cunha Rêgo. *Novas Respostas do Direito para a Concretização da Igualdade de Género. In ex aequo, nº 10, 2004, p. 89.*

Tal autorização culminou em alguns julgados importantes do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias²¹⁶, o qual desempenhou um papel fundamental no desenvolvimento da aplicabilidade das ações positivas²¹⁷, chegando a considerar uma exceção legítima do princípio da igualdade de tratamento²¹⁸. Ademais, no acórdão *Marschall* o tribunal afirmou serem “*compatibles con el Derecho Comunitario las discriminaciones positivas o inversas, siempre que las medidas que otorguen preferencia a las mujeres en algún aspecto de su carrera profesional (...)*”²¹⁹.

Entre os diversos acórdãos do TJCE, a doutrina confere maior destaque aos acórdãos *Kalanke* (1995) e *Marschall* (1997) em razão das decisões serem proferidas em um curto espaço de tempo e serem controversas, pois na primeira não permite as ações positivas e no segundo permite mesmo que restritamente²²⁰.

Assim, os diversos julgados resultaram desenvolvendo a permissão de adoção de práticas de discriminação positiva e contribuíram para a alteração da diretiva 76/207/CEE pela diretiva 2002/73/CE, a qual atualmente retira a redação do art. 2º, nº 4, porém, não

²¹⁶ O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias atualmente é designado como Tribunal de Justiça, que faz parte do Tribunal de Justiça da União Europeia, pois em razão do Tratado de Lisboa o Tratado da União Europeia sofreu algumas alterações. Assim nos termos do art. 19.º/1do TUE: “O Tribunal de Justiça da União Europeia inclui o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e tribunais especializados(...)”.

²¹⁷ Nesse contexto, destacamos o importante papel do Poder Judiciário na concretização do direito positivo, assim: “o processo de *concretização* das normas constitucionais não se esgota, porém, na elaboração de leis ordinárias que lhes estejam conformes. Em caso algum se esgota nisso. E, sobretudo, por aí não fica – nem pode ficar – quanto àquelas normas que, como as relativas à condição das mulheres na Constituição portuguesa de 1976, integram afinal de contas programas de (profunda) transformação social. Aí, *concretizar a Constituição* significa por certo legislar em conformidade com ela. Mas tal não basta. É necessário ainda que a ordem jurídica concretizadora da Constituição seja *eficaz e efectiva*”. Maria Lúcia Amaral. *Um Povo de Homens e de Mulheres em País de Constituição Débil...*, p. 20.

²¹⁸ Rafael Sastre Ibarreche. *La acción Positiva para las Mujeres en el Derecho Comunitario...*, p. 108.

²¹⁹ Sergio Gamonal Contreras. *El Principio de no Discriminación por Razones de Sexo en Materia Laboral...*, p. 158. Nesse sentido, cf. Parlamento europeu. *Igualdade entre homens e mulheres*. Fichas técnicas sobre a União Europeia, 2015, p. 03. (Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_5.10.8.pdf. Acesso em 25/05/2015); Maria do Rosário Palma Ramalho. *Igualdade de Género e Direito Comunitário – Notas Breves*. In ex aequo nº 10, 2004, p. 53;

²²⁰ Para maiores aprofundamentos confronte.: Manuel Atienza. *Un comentario al caso Kalanke*. In Doxa, vol. 19, 1996; María Amparo Ballester Pastor. *La STJ de Luxemburgo de 17 de octubre de 1995: entre la acción afirmativa y el varón discriminad*. In Tribunal Social, nº 58, 1995; Sofia Alves. *Igualdade de tratamento entre homens e mulheres: Discriminação positiva (sistema de quotas)*. A decisão *Kalanke* de 17 de outubro de 1995. In Revista Jurídica, nº 20, 1996; Ricardo Rivero Ortega. *Algunas reflexiones sobre la igualdad de derechos de mujeres y hombres en el ámbito comunitario*. Comentario de la Sentencia *Kalanke* de Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. In Revista Española de Derecho Administrativo, nº 90, 1996; María Angeles Martín Vida. *Medidas de tratamiento preferente a favor de las mujeres en el ámbito comunitario*. Reflexiones a hilo de la sentencia *Marschall*. In Revista Española de Derecho Constitucional, nº 53, 1998; María Amparo Ballester Pastor. *Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa: un análisis conceptual y de legalidad tras la Sentencia Marschall*. In Relaciones Laborales, nº 18, 1998; Eliane Vogel-Polsky. *A propósito de la Sentencia Marschall*. El estatuto de las acciones positivas en Derecho Comunitario. In Relaciones Laborales, nº 9, 1999.

deixa de acolher a discriminação positiva no art. 2º, nº 8, que lança mão à adoção de medidas previstas no art. 141º, nº 4 do TCE pelos Estados-Membros “o qual para a doutrina maioritária, proclama a discriminação positiva”²²¹.

4.2. Ações afirmativas: o caso português

A aplicabilidade das ações afirmativas em Portugal é admitida desde que haja previsão na norma constitucional para a sua adoção, pois somente prever o princípio da igualdade não basta para serem aceitas tais medidas afirmativas. Isto porque a constituição prevê expressamente a proibição de discriminação, então a falta do dispositivo permitindo a adoção de ação afirmativa acarreta na inconstitucionalidade de qualquer lei nesse sentido. Sendo assim, a maior controversa na questão da aplicabilidade da ação afirmativa é a sua constitucionalidade, sempre devendo haver previsão constitucional.

Nesse sentido Vital Moreira afirma que “o princípio da igualdade pode consentir ou mesmo reclamar a adoção de medidas de promoção da igualdade de oportunidades, pela remoção dos obstáculos de índole econômica, social, cultural, etc. que impedem certos grupos ou categorias de pessoas de acender em pé de igualdade ao exercício de determinados direitos. Mas não consente, sem expressa autorização constitucional específica, medidas de “ação positiva” ou de “discriminação positiva” tendentes a favorecer juridicamente um grupo ou categoria de pessoas no exercício de certo direito a fim de estabelecer uma igualdade de fato”²²².

Sob essa perspectiva resolvemos tratar a adoção das ações afirmativas em Portugal através do estudo de alguns dispositivos constitucionais que autorizam a aplicabilidade, pois se há admissão da norma constitucional não há como denegar a aplicação ou acolher argumentos de inconstitucionalidade da norma.

4.2.1. A estrutura constitucional das ações afirmativas em Portugal

A Constituição lusitana vem acompanhando a evolução tratada no âmbito do Direito da União Europeia com relação às ações positivas, adotando-as, mesmo que

²²¹ Cf. Vera Lúcia Raposo. *Os limites de igualdade...*, p. 182.

²²² Vital Moreira. *A IV revisão constitucional e a igualdade de homens e mulheres no exercício de direitos cívicos e políticos: notas sobre o artigo 109º da CRP*. In Boletim da Faculdade de Direito, vol. 74, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998, p. 413.

temporariamente, para reparar a desigualdade na sociedade, uma vez que a norma fundamental assegura desde o princípio da igualdade formal, normas de proibição a discriminações, de igualdade social e de promoção a discriminações positivas²²³.

Para Maria Lúcia Amaral, a presença normativa das ações positivas na Constituição portuguesa tem como função trazer um novo pensamento de justiça capaz de concretizar os princípios fundamentais igualitários²²⁴.

4.2.1.1. Artigo 9º da CRP

Assim, em Portugal a adoção de medidas de ações afirmativas, consta como um novo pensar do princípio da igualdade, sendo a consagração formal e material do princípio, que no plano constitucional é visível com a revisão constitucional de 1997, que inseriu a alínea h) no artigo 9º, atribuindo ao Estado o dever basilar de promoção de igualdade entre homens e mulheres.

Tal reforma é importante para o presente trabalho, pois é a partir dela que muitos doutrinadores lusitanos entendem que as ações positivas estão presentes na constituição e, assim, não têm dúvida sobre a sua constitucionalidade e, em consequência, o direito de exigir a sua adoção.

Em resumo, podemos estabelecer três entendimentos doutrinários acerca da introdução da alínea h) do artigo 9º da CRP no âmbito da admissibilidade das ações positivas: i) que o artigo confere ampla autorização para a adoção de discriminação positiva; ii) que o artigo não proíbe a adoção de ações positivas podendo ser aplicadas pelo Estado de forma moderada; iii) que o artigo não pode ser entendido como previsão de medidas de discriminação positiva, uma vez que deve ser feita no texto da norma de maneira própria e expressamente.

²²³ “A Constituição não se circunscreve a declarar o princípio da igualdade. Aplica-se, desde logo, a zonas mais sensíveis ou mais importantes na perspectiva da sua ideia de Direito. E daí um sistema bastante complexo e talvez demasiado ambicioso, em que se deparam decorrências puras e simples da igualdade jurídica, preceitos de diferenciação em função de diferenças de circunstâncias, imposições derivadas da igualdade social e discriminações positivas”. Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional...*, pp. 274-275.

²²⁴ “Os princípios constitucionais da igualdade, da proibição de *discriminações* em função do sexo, e de autorização da adopção de acções positivas nos domínio da maternidade cumprem, desde 1976, muito mais do que uma função simbólica quanto à necessária criação (ou re-criação) de um novo *ethos* de justiça colectiva: deles decorreu um extenso e coerente quadro legislativo que, neste ponto, concretizou a Constituição.” Maria Lúcia Amaral. *Um Povo de Homens e de Mulheres em País de Constituição Débil...*, p. 20.

O primeiro entendimento pertence aos doutrinadores que entendem de maneira mais ampla o art. 9º, alínea h) CRP de modo a considerar como um artigo “geral”, autorizador da admissibilidade das ações afirmativas²²⁵, pois o termo “promoção” não é um simples relevo na norma constitucional, mas sim, a adoção de ações afirmativas que possam trazer reais condições no sentido de efetivar a igualdade material²²⁶.

Outro entendimento argumenta no sentido do artigo que trata da igualdade entre homens e mulheres não tem o condão de determinar que tal igualdade seja alcançada através de discriminação positiva. Porém, o artigo apesar de não trazer a autorização ampla de adoção de ações positivas não proíbe que o Estado se utilize dessas ações ainda que moderadamente²²⁷.

E, por fim, o terceiro entendimento, que é o da doutrina majoritária, a qual entende que o artigo não traduz a adoção de ações positivas porque para isso a norma constitucional teria que mencionar de maneira expressa, como ocorreu no art. 109º CRP que trata dessa possibilidade no acesso aos direitos políticos²²⁸. Sendo considerado um artigo que estabelece o direito à igualdade de oportunidades e não à igualdade de resultados que é destinada à discriminação positiva²²⁹.

²²⁵ Maria Lucia Amaral. *Las mujeres en el derecho constitucional: el caso portugués*. In *Mujer y constitución en España*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p.163.

²²⁶ “Promover não pode, porém, significar um mero reconhecimento formal do princípio da igualdade, antes determinando um comando de acção, no sentido da adopção de medidas, criação de condições ou remoção de obstáculos para uma igualdade em sentido material. Estas podem incluir as chamadas “discriminações positivas” ou acções positivas, necessárias à compreensão, densificação e vivência da igualdade”. Jorge Costa. *Direito como Instrumento para igualdade de Homens e Mulheres...*, p. 63.

²²⁷ Vera Lúcia Raposo. *O poder de Eva...*, p. 427.

²²⁸ Nesse sentido, “Uma vez que o art. 9.º/h CRP apresenta uma redacção demasiado geral e abstracta, poder-se-á defender que a intenção do legislador não foi ainda a de admitir as acções positivas indiscriminadamente. Sempre que o legislador constitucional pretendeu consagrar medidas de protecção especial, fê-lo para sectores determinados: família, maternidade, emprego. Nunca optou por seguir uma via radical face ao entendimento clássico da igualdade mediante medidas de aplicação genérica. Se porventura a intenção legislativa se inclinasse no sentido de conferir validade geral a medidas de discriminação positiva deveria ter incluído no art. 9.º/h CRP um esclarecimento semelhante ao constante da CEDAW, declarando, por exemplo, que as medidas aparentemente desigualitárias não são consideradas discriminatórias à luz da promoção da igualdade efectiva e dos padrões constitucionais. É certo que tal ressalva não consta do art. 109.º CRP, mas aí revela-se desnecessária, porquanto esta norma se circunscreve a um sector específico – a actividade política – e o seu enquadramento permite esta leitura”. Vera Lúcia Raposo. *O poder de Eva...*, pp. 427-428.

²²⁹ Nesse contexto é necessário, em resumo, fazer uma diferenciação entre “igualdade de oportunidades” e “igualdade de resultados”. A igualdade de oportunidades é o termo para tratar o direito a igualdade como “ponto de partida”, o qual tem como objetivo operar na educação, na distribuição de oportunidades, na participação na sociedade, no remanejamento de rendas, etc. No entanto, essa atuação não garante a realização da igualdade que é a finalidade da igualdade de resultados. Semelhante a isso, Vera Lucia Raposo, afirma que: “A doutrina e a jurisprudência continuam a dividir-se entre aqueles que advogam uma “meta igualitária máxima” (igualdade de resultados), ou os que mais comedidamente, quiçá mais temerosamente,

4.2.1.2. Artigo 13º da CRP

O art. 13.º CRP é a consagração do princípio da igualdade na constituição portuguesa, sendo um dos princípios fundamentais do Estado de direito. No âmbito das suas diversas dimensões determina a erradicação das diferenças reais para garantir a igualdade material, além da “sua dimensão correctiva através de medidas de *acção afirmativa* (*affirmative action*) de modo a atenuar ou corrigir desigualdades reais no exercício de certos direitos ou na fruição de certos bens públicos”²³⁰.

Diante disso, podemos dizer que em Portugal a doutrina admite a adoção de medidas de discriminação positiva desde que haja previsão constitucional, sob o fundamento geral do artigo 13º da CRP, o qual trata de acolher as discriminações para a concretização do princípio da igualdade²³¹.

Minoritariamente há doutrinas que entendem que o artigo 13.º CRP por si só já basta para que as ações afirmativas sejam adotadas indiscriminadamente, uma vez que tal artigo impõe ao Estado um dever de “promoção”, ou seja, basicamente estabelece as ações afirmativas que complementam tal artigo²³².

4.2.1.3. Artigo 58º da CRP

A referência que se faz do artigo 58º é no âmbito da expressão que o n.º 2, alínea b) faz à promoção do Estado na igualdade de oportunidades. Tal redação muito se assemelha com o art. 9º, alínea h), uma vez que em ambos os artigos há o termo “promoção” do Estado. Porém, no art. 58.º a norma não é tão genérica, versando

apelam a uma “meta igualitária mínima” (igualdade de oportunidades)”. Vera Lúcia Raposo. *O poder de Eva...*, pp. 260.

²³⁰ J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa anotada...*, p. 337.

²³¹ “A reafirmação ou concretização do princípio da igualdade em preceitos que valem como *lex specialis* relativamente ao princípio geral tem importante significado normativo no que respeita a função de protecção: nuns casos, torna-se clara a função de *direito subjectivo* público do princípio da igualdade; noutros casos, torna-se mais inequívoco o carácter de *imposição constitucional concreta* de “*acção afirmativa*”, com o consequente dever jurídico-constitucional dos órgãos públicos (designadamente do legislador) quanto à concretização deste princípio”. *Ibidem*, p. 343.

²³² Nesse sentido “Os referidos preceitos (artigos 9º e 109º) - que, a meu ver, estão numa relação de especialidade para com a norma do artigo 13º, - estabelecem uma tarefa estadual de promoção, o que significa, necessariamente, uma acção. E esta evolução no plano constitucional tem sido uma constante” Jorge Costa. *Direito como Instrumento para igualdade de Homens e Mulheres...*, p. 63.

especificamente sobre a igualdade na escolha e no acesso na profissão. Dessa forma, tal artigo denota a aceitação da possibilidade de adoção da discriminação positiva.

A interpretação de tal artigo ser autorizador de medidas de discriminação positiva se divide na doutrina; i) a adoção de ações positivas é permitida de na versão *soft* que significa de forma moderada ou branda²³³; ii) a aplicabilidade das ações positivas podem ser através da modalidade de cotas²³⁴; iii) o artigo motiva a adoção das ações afirmativas no tocante das questões fundamentais da vida da mulher²³⁵.

Apesar da divisão de interpretação da doutrina é consensual que tal artigo trata de uma autorização constitucional para aplicabilidade das ações afirmativas. De tal forma que o artigo em questão fundamenta o plano legal do direito do trabalho português, que no art. 27.º do CT consagra a aceitação de medidas de ação afirmativa.

Assim, Teresa Coelho entende que “o art. 27.º do CT pretende consagrar a ideia de igualdade enquanto igualdade de oportunidades, considerando lícitas determinadas medidas de *discriminação positiva* que poderão originar a adoção de medidas temporárias que consagrem um tratamento desigual como forma de compensar desigualdades de oportunidade e de tratamento que ocorram na vida social”²³⁶.

4.2.1.4. Artigo 71º da CRP

O art. 71º CRP é direcionado para os direitos dos cidadãos portadores de deficiência, aos quais o Estado tem diversas obrigações, podendo utilizar das ações afirmativas para conferir a igualdade real entre os portugueses²³⁷. E é nesse caso que o

²³³ Vera Lúcia Raposo. *Os limites de igualdade...*, p. 177.

²³⁴ “Entre as medidas susceptíveis de serem adoptadas pelo Estado para promover a eliminação da discriminação sexual em matéria de actividade profissional e de trabalho podem contar-se, entre outras, a eliminação dos obstáculos à vida profissional e laboral das mulheres (encargos familiares, cuidados dos filhos, etc.), a adopção de medidas de preferência ou o estabelecimento de reserva de quotas para o género desfavorecido no acesso a certas profissões, cargos ou posições profissionais”. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa anotada...*, p. 765.

²³⁵ Maria Lúcia Amaral trata o artigo como autorizador para ações afirmativas, afirmando que as: “Autorizações constitucionais para a adopção, por parte do legislador ordinário, de medidas de discriminação positiva a favor das mulheres em domínios fundamentais da vida como acesso ao emprego, o trabalho ou a maternidade (arts. 58, alínea b; 59, alínea b e 68, n.º 3)”. Maria Lúcia Amaral. *Um Povo de Homens e de Mulheres em País de Constituição Débil...*, p. 19.

²³⁶ Teresa Coelho Moreira. *Igualdade e não discriminação: Estudos de Direito do Trabalho...*, p. 200.

²³⁷ No âmbito da educação, os cidadãos portadores de deficiência física ou sensorial recebem uma proteção através da reserva de vagas no regulamento do concurso nacional de acesso e ingresso no ensino superior público, que na lei direciona para os chamados “contingentes especiais”, sendo que no artigo 10º, nº 1, determina quota de 2% das vagas a candidatos portadores de deficiência física ou sensorial. Portaria nº 197-

caráter temporário das ações afirmativas se desvirtua, não havendo necessidade da norma ter tempo determinado no caso de deficiências permanentes.

Tal artigo tem o sentido de impor ao Estado tanto o dever ao tratamento como a realização dos direitos fundamentais dos cidadãos portadores de deficiência e, por isso, pode ser acolhida as ações afirmativas. Tal artigo inaugura “(...) um duplo direito positivo face ao Estado, pois a pessoa portadora de uma deficiência tem, por um lado, um direito ao tratamento e à reabilitação de sua deficiência e, por outro lado, um direito à proteção do Estado para a “efetiva realização dos seus direitos” de cidadãos, como seja, *inter alia*, o direito à liberdade de deslocação, o direito de voto, o direito ao ensino e o direito ao trabalho. Também admite medidas de discriminação positiva, nos termos do art. 9º/d, ao referir a necessidade de o Estado promover “a igualdade real entre os portugueses”²³⁸.

Como exemplo de discriminação positiva no âmbito laboral, as cotas de emprego são empregadas no direito português a partir da autorização do art. 27.º do CT que, como vimos, recebe chancela do art. 58.º, nº 2, alínea b) da CRP. Deste modo, no ordenamento português o art. 28º, nº 1 da Lei nº 38/2004 determina que as empresas privadas contratem até 2% do total de trabalhadores pessoas com deficiência e o nº 3 do mesmo artigo para cargos da administração estabelece uma cota igual ou superior a 5% do total de trabalhadores.

4.2.1.5. Artigo 109º da CRP

Em 1997, o ordenamento português foi sensivelmente alterado no sentido da diferenciação de gêneros, pois até então não se achava necessário possuir um dispositivo na norma que previsse o princípio à igualdade voltado diretamente para homens e mulheres e, no caso mais específico, ao acesso a cargos políticos²³⁹.

B/2015. Fonte: Diário da República, 1ª série –N.º 128– 3 de julho de 2015. (Disponível em: <https://dre.pt/application/file/69723807>. Acesso em 10/08/2015).

²³⁸ Teresa Coelho Moreira. *Igualdade e não discriminação: Estudos de Direito do Trabalho...*, p. 173.

²³⁹ “O que nunca o texto português tinha ousado, antes de 97, era esta extensão do princípio do *favor feminae* para além da vida privada e para dentro da estrutura do sistema político. E é justamente isso que acontece com a lei de revisão constitucional de 1997; muito particularmente, com essa *fractura*, que ela introduz, no conceito constitucional de povo. Visto que hoje a lei portuguesa – ao seu mais elevado nível hierárquico – distingue ela própria entre cidadãos e cidadãs, falando da “participação directa e activa de *homens e mulheres*” na vida pública (...)”. Maria Lúcia Amaral. *Um Povo de Homens e de Mulheres em Países de Constituição Débil...*, p. 19.

A redação do art. 112.º CRP foi alterada após a IV revisão constitucional e o novo texto ficou expresso no art. 109º CRP, o qual trata da participação “de homens e mulheres na vida política” e a imposição para a promoção da igualdade e a não discriminação no acesso de cargos políticos.

Diante disso, o objetivo do artigo 109º CRP é de impor a nível constitucional a promoção através do Estado da igualdade entre homens e mulheres, ou seja, um agir ativo do estado na forma de ação afirmativa²⁴⁰. Esse tipo da discriminação positiva tem um carácter compensatório, isto é, a norma vem no sentido de compensação de um passado de discriminação e inferioridade da mulher²⁴¹.

Após 1997, as ações positivas passaram a poder ser adotadas no que se refere aos direitos políticos, uma vez que não havia dúvida com relação à sua constitucionalidade. No caso de ausência de norma no âmbito de promoção a igualdade entre homens e mulheres em direitos políticos pode ensejar uma inconstitucionalidade por omissão²⁴².

Em suma, podemos dizer que o art. 109.º CRP tem como finalidade estabelecer duas questões: “Por um lado, conferir uma expressa autorização constitucional às medidas de discriminação positiva para as mulheres no exercício dos direitos políticos; por outro lado, cominar a adopção de tais medidas, não sendo lícito ao legislador permanecer inerte”²⁴³.

4.2.1.6. Outros artigos constitucionais que confirmam a adoção das ações afirmativas

O tema não se esgota nos artigos referidos uma vez que a constituição impõe ao Estado diversas tarefas que promovam o princípio da igualdade e o direito à proteção especial imposta ao Estado: “São discriminações positivas, relacionadas com essas imposições ou com outras incumbências do Estado: a regulamentação dos impostos e dos benefícios sociais de harmonia com os encargos familiares [art. 67.º, n.º 2, alínea f)]; (...) a política de reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às

²⁴⁰ “O sentido desta norma, em sede de enumeração das tarefas fundamentais do Estado, é o de estabelecer uma *imposição constitucional*, a cargos dos poderes públicos, no sentido de se promover activamente a igualdade entre homens e mulheres credencial constitucional para formas de “affirmative action”. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa anotada...*, p. 282.

²⁴¹ Vital Moreira. *A IV revisão constitucional e a igualdade de homens e mulheres no exercício de direitos cívicos e políticos: notas sobre o artigo 109º da CRP...*, p. 413.

²⁴² Vera Lúcia Raposo. *O poder de Eva...*, p. 436. Nesse sentido, cf. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa anotada...*, p. 342.

²⁴³ Vera Lúcia Raposo. *O poder de Eva...*, p. 430.

sua famílias (art. 71.º, n.º 2), inclusive através do ensino especial [art.74.º,n.º2, alínea g)]; a política de terceira idade (art. 72.º, n.º 2); a proteção e o apoio às pequenas e médias empresas e às iniciativas e empresas geradoras de emprego e fomentadoras de exportações ou de substituição de importações [atrs. 86.º, n.º 1, 2ª parte, e 100.º, alínea d)]; o paio preferencial aos pequenos e médios agricultores, às cooperativas de trabalhadores agrícolas e a outra formas de exploração por trabalhadores (art. 97.º, n.º 1)”²⁴⁴.

Desta forma, podemos observar que indiretamente a constituição portuguesa vem com objetivos de possíveis introduções de medidas de discriminação positiva devendo apenas ser regulamentadas, uma vez que não há contrariedade na ordem constitucional vigente, estando em conformidade com a concretização do princípio constitucional da igualdade.

4.2.2. No Tribunal Constitucional Português

A jurisprudência constitucional lusitana²⁴⁵ já acolheu a distinção de tratamento no entendimento que o artigo 13º CRP não é uma norma genérica, “chegando a admitir medidas de discriminação positiva”²⁴⁶. O acolhimento do Tribunal no âmbito de admitir a adoção das ações afirmativas, as quais se fundamentam genericamente no art. 13.º CRP. “Tal como não merece, a mesma solução, nenhuma censura constitucional face ao princípio consagrado no artigo 13.º da CRP. (...) o princípio da igualdade, enquanto parâmetro constitucional capaz de limitar as acções do legislador tem uma tripla dimensão: a da *proibição do arbítrio legislativo*, a da *proibição de discriminações negativas, não fundadas, entre as pessoas* e a *eventual imposição de discriminações positivas*”²⁴⁷ (Sublinhado nosso).

Apesar de ser o entendimento aceito na doutrina maioritária, seja no sentido das ações positivas serem aceitas sob o fundamento de igualdade resultados e não no sentido de igualdade de oportunidades, o Tribunal Constitucional já entendeu de forma contrária em que a discriminação positiva deve ser fundamentada como compensação das desigualdades de oportunidades.

²⁴⁴ Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional...*, p. 277.

²⁴⁵ Cf., nesse sentido, Ac. TC 191/88; Ac. TC 231/94; Ac. TC 609/94.

²⁴⁶ Vera Lúcia Raposo. *Os limites de igualdade...*, p. 174.

²⁴⁷ Ac. TC 20/2010 (Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100020.html>).

Vejam os seguintes trechos: “Pode assim concluir-se que o princípio da igualdade, consagrado no artigo 13º da Constituição da República e de que o artigo 47º, nº 2 da nossa lei fundamental consagra uma projecção específica em matéria de acesso à função pública, proíbe diferenciações de tratamento, salvo quando estas, ao serem objectivamente justificadas por valores constitucionalmente relevantes, se revelem racionais e razoavelmente fundadas. Tal proibição não alcança assim as discriminações positivas, em que a diferenciação de tratamento se deve ter por materialmente fundada ao compensar desigualdades de oportunidades”²⁴⁸ (Sublinhado nosso).

No mesmo sentido de adoção de discriminação positiva fundada no conceito de igualdade compensatória: “Sendo, neste sentido, diferentes os papéis sociais desempenhados pelos dois sexos, é razoável concluir que poderá ser necessário o estabelecimento de medidas compensadoras da desigualdade ou da discriminação, de verdadeira discriminação positiva, as quais, ainda que geradoras "... momentaneamente de um desequilíbrio, não criam um privilégio em função do sexo" [Leonor Beleza, "O Estatuto das Mulheres na Constituição", Estudos Sobre a Constituição, 1º vol. (1977), p. 69]”²⁴⁹ (Sublinhado nosso).

4.3. Ações afirmativas: O caso brasileiro

No início do século XX, os movimentos para a promoção do direito da igualdade chegaram com força no Brasil, a exemplo da Constituição de 1934 que já mencionava os direitos sociais de 2ª geração e a preocupação com o princípio da igualdade material. A Constituição brasileira de 1988 consagra desde o preâmbulo o direito da igualdade fazendo menção à intenção do Brasil em constituir *sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*²⁵⁰. Além da notoriedade que esse princípio recebeu, pois essa constituição logo no art. 5º adotou a igualdade como sendo um dos princípios fundamentais do Estado brasileiro²⁵¹ e, principalmente, a preocupação da sua efetivação.

²⁴⁸ Ac. TC 232/2003 (Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030232.html>).

²⁴⁹ Ac. TC 713/96 (Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19960713.html>).

²⁵⁰ Paulo Lucena de Menezes. *A Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, p. 147.

²⁵¹ “1. Rezam as constituições – e a brasileira estabelece no art.5º, *caput* – que todos são iguais perante a lei. Entende-se, em concorde unanimidade, que o alcance do princípio não se restringe a nivelar cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia. 2. O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria

O Princípio da Igualdade, além de nivelar os cidadãos diante a norma, tem também como finalidade empregar tal princípio na realidade fática, podendo até ocorrer discriminações nas leis, pois “qualquer fator residente nas coisas, pessoas ou situações, inclusive o racial, pode ser utilizado como discriminante legitimadamente aceito, desde que possua vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial escolhida e a finalidade pretendida”²⁵².

Nesse contexto podemos afirmar que a CRFB de 1988 adotou também a dimensão da igualdade material trazendo mecanismos que possibilitam os meios de concretização da igualdade, além de impor o tratamento igualitário tendo por objetivo a erradicação da pobreza, da marginalidade e das desigualdades sociais, bem como a proteção das camadas mais fracas da sociedade²⁵³, deixando claro o desejo e a intenção de distinguir e privilegiar aqueles que se encontra em desvantagem na competição social.

É nesse pensamento que as discriminações positivas encontram o seu fundamento no ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de promover meios para a inclusão de determinados grupos da sociedade que se encontra em alguma condição de discriminação e, por isso, são impedidos de exercer direitos ou alcançar direitos inerentes de qualquer cidadão²⁵⁴.

As ações afirmativas no Brasil chegam inspiradas nas práticas de outros países, objetivando transformar as experiências externas nas necessidades da sociedade brasileira. Isto porque o Brasil é marcado ainda hoje pela necessidade de efetivar os direitos igualitários no que se refere à inclusão dos ex-escravos negros na sociedade pós-abolição, das mulheres, dos deficientes físicos, etc.²⁵⁵, essa minoria está e sempre esteve com os seus

edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas.” Celso Antônio Bandeira de Mello. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade...*, p. 09.

²⁵² Celso Antonio Bandeira de Mello. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo, 3ª Edição, 8ª Tiragem, Malheiros Editores, 2010, p. 17.

²⁵³ Fundamento no art. 3º CRFB: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

²⁵⁴ “(...) Assim, se pode observar que agora o princípio da igualdade jurídica já não se limita apenas a uma igualdade formal ou isonômica, mas ganha traços acentuados de uma igualdade material, ou seja, o referido princípio passa a ser compreendido como um instrumento hábil para implementar, no plano real, uma igualdade efetiva, em consonância com as demais diretrizes constitucionais previstas em cada caso específico”. Cf. Joaquim B. Barbosa Gomes. *O debate constitucional sobre as ações afirmativas*. In *Ações afirmativas: Políticas Públicas contra desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP & A, 2003, pp. 24-25.

²⁵⁵ “A desigualdade (seja ela sexual, racial ou de classe) ainda é um fator muito presente na realidade brasileira, constituindo um marcador social da diferença”. Augusto Sérgio dos S. São Bernardo. *Quando a*

direitos comprometidos no âmbito da igualdade de oportunidades, acesso à educação, ascensão no emprego, dentre outros.

Diante da grande desigualdade social essas minorias integram um grupo que não só sofre discriminações, como também fazem parte da crescente classe de pessoas desfavorecidas e carentes que marcam a sociedade brasileira. Assim, as medidas ações afirmativas se desenvolveram no caso brasileiro para além do direito a não discriminação, na busca da igualdade oportunidades, direcionando as políticas públicas do Estado para a redistribuição e assistência.

As discriminações positivas no Brasil decorrem sob dois aspectos: i) resguardar os grupos de minorias contras as discriminações sofridas diretamente, sendo utilizadas políticas mais “brandas”, como cotas temporárias, para acesso ao emprego ou progresso na carreira. ii) Medidas afirmativas voltadas para a sociedade e não só preocupada em compensar, mas com o objetivo de combater a desvantagem real²⁵⁶.

4.3.1. A estrutura constitucional das ações afirmativas no Brasil

No ordenamento constitucional brasileiro não há autorização expressa para a adoção de ações afirmativas. Porém, não se pode extinguir a aplicabilidade de tais ações por uma questão de literalidade do texto sem levar em conta a interpretação da norma, uma vez que a norma fundamental apresenta vários dispositivos que se baseiam no Princípio da igualdade material favorecendo “a adoção de tratamentos jurídicos diferenciados para

norma jurídica nega o direito à diferença. In Direitos Humanos: percepções da opinião pública análises de pesquisa nacional/(org.) Gustavo Venturi, Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010, p. 160.

²⁵⁶ “Quando a Constituição Federal estabelece a proteção contra discriminação visa assegurar tratamento igualitário contra distinções por meio de eventuais medidas legislativas. Regras jurídicas puramente igualitárias de combate à segregação no mercado de trabalho têm eficácia muito restrita diante de discriminações diretas, diante de tratamentos desiguais tomados a partir de estereótipos e segregação cultural que individualizam o sujeito para além de suas características pessoais, habilidades e capacidade. Decorrente da complexidade das relações sociais, as políticas de igualdade de oportunidades são canalizadas por ações afirmativas, dentro do próprio mercado de trabalho enquanto ambiente no qual a segregação dissimulada se estabelece ou, em uma perspectiva mais ampla, em decorrência de uma abordagem que identifica que as desigualdades são antecedentes à própria apropriação da mão de obra. Na primeira hipótese, a promoção visa a superação de disparidades salariais, capacitação e atualização profissionais, pela adoção de um sistema de cotas e políticas de recursos humanos voltada à admissão e promoção de grupos minoritários. Na segunda hipótese há um trabalho social mais amplo, voltado precipuamente às condições sociais, com a adoção de serviços de apoio que permitam o reconhecimento da identidade social e desvantagem real. Cf. Aldacy Rachid Coutinho. Comentário ao artigo 7º, XXXI. In J. J. Gomes Canotilho; Gilmar F. Mendes; Ingo W. Sarlet; (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1329.

grupos sociais, inclusive para corrigir os efeitos decorrente de ações racistas e discriminatórias, tornando viável a implementação de políticas de ação afirmativa”²⁵⁷.

A questão da expressa previsão das ações afirmativas na constituição é questionada pela doutrina já que a própria CRFB de 1988 destaca a importância dos direitos humanos como fundamental entre as relações com o direito internacional, autorizado pelo art. 5º/§§2 e 3, que os tratados que versam de questões de direitos humanos ao ser internalizadas no direito brasileiro têm hierarquia constitucional²⁵⁸. Assim, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e, mais recentemente, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, todas ratificadas pelo Estado brasileiro, são as medidas expressas de adoção de ações afirmativas²⁵⁹.

Assim sendo, podemos dizer que no Brasil as ações afirmativas voltadas para os negros, mulheres ou deficientes, são medidas expressas devendo ser adotadas e concretizadas no seu ideal de igualdade de oportunidades.

De forma implícita os doutrinadores destacam diversos dispositivos que autorizam a aplicabilidade legítima dessas medidas de discriminação positiva²⁶⁰, dentre eles, o artigo 3º se destaca por trazer no seu texto os objetivos fundamentais do Brasil. Nesse sentido, temos a lição de Marco Aurélio “Do artigo 3º vem-nos luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, que é tratado de forma desigual”²⁶¹.

²⁵⁷ Paulo Lucena de Menezes. *A Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, p. 153.

²⁵⁸ A interpretação de ambos os parágrafos ainda não é um consenso, pois para a maioria da doutrina o §2º do art. 5º já conferia aos tratados de direitos humanos status de norma constitucional sem necessidade de introduzir o §3º. Sobre o tema cf. J. J. Gomes Canotilho; Gilmar F. Mendes; Ingo W. Sarlet; (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp. 1106 e ss.

²⁵⁹ “(...) o Direito Constitucional brasileiro abriga, não somente o princípio e as modalidades implícitas e explícitas de ação afirmativa a que já fizemos alusão, mas também as que emanam dos tratados internacionais de direitos humanos assinados pelo nosso país”. Joaquim B. Barbosa Gomes. *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro...*, p. 145.

²⁶⁰ Nesse sentido, cf. Marianna Montebello. *As Políticas de Ação Afirmativa sob a Perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos*. In *Interesse Público*, Porto Alegre, vol. 6, n. 29, jan./fev., 2005, p.123. Cf., também Renata Malta Vila-Boas, *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade...*, p. 54.

²⁶¹ Marco Aurélio Mendes de Faria Mello. *Ótica Constitucional – a igualdade e as ações afirmativas*. In *Revista da Escola Nacional da Magistratura Associação dos Magistrados Brasileiros*, ano I, nº 01, abril 2006. (Disponível em: <http://www.enm.org.br/docs/RevistaENM.pdf>. Acesso em 27/03/2015). Texto extraído de palestra proferida em 20 de novembro de 2001, no seminário “Discriminação e Sistema Legal Brasileiro”, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho. No mesmo sentido cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

A doutrina entende a aplicabilidade da discriminação positiva a partir dos enunciados dos incisos do art. 3º que verbalizam as expressões “construir, erradicar, reduzir, promover” voltadas ao Estado para resolver a questão social, indo além do princípio da não discriminação, que já se mostrou é insuficiente no sentido de viabilizar as exigências da Constituição, devendo agora ser adotada uma postura mais ativa, em forma de ação afirmativa²⁶².

O art. 5º não se destaca somente no aspecto de resguardar a igualdade formal mas também ao repúdio à discriminação, bem como uma interpretação extensiva a realização da igualdade material já orientada no art. 3º. E é nessa perspectiva que a ação afirmativa tem espaço e fundamento no art. 5º CRFB, implantando a igualdade na lei com objetivos de chegar à igualdade substancial, trazendo, assim, a igualdade de oportunidade e a obrigação de compensar as desigualdades.

Para além desses artigos voltados ao princípio da igualdade decorrem demais princípios e direitos que confirmam a adoção das ações afirmativas na CRFB:

i) artigo 7º, XXX: que trata da proibição de diferença de salários em razão de critérios como cor, sexo, idade ou estado civil; ii) artigo 7º, XXXI: que proíbe a discriminação de salário e critérios de admissão de trabalhador portador de deficiência física. iii) Artigo 23º, X: trata da competência dos entes federativos (União, Estados e Municípios) “combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização”, com objetivo integrar na sociedade as minorias; iv) art. 37º, VIII: nesse artigo nos deparamos com reserva de vagas em cargos e empregos públicos para pessoas portadoras de deficiências; v) art. 145º, §1º: refere-se aos impostos, que devem ser graduados conforme a capacidade contributiva de cada tipo de contribuinte; vi) art. 170º, *caput*, VII e IX: reafirma os ditames

Aspectos Jurídicos das Ações Afirmativas. In Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, vol. 69, nº2, jul./dez., 2003, pp.72 – 79.

²⁶² Nesse contexto: “Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional. E todos os objetivos contidos, especialmente, nos três incisos acima transcritos do art. 3º da Lei Fundamental da República traduzem exatamente mudança para se chegar à igualdade. Em outro dizer, a expressão normativa constitucional significa que a Constituição determina uma mudança do que se tem em termos de condições sociais, políticas, econômicas e regionais exatamente para se alcançar a realização do valor supremo a fundamentar o Estado Democrático de Direito constituído. (...) Somente a ação afirmativa, vale dizer, a atuação transformadora, igualadora pelo e segundo o Direito possibilita a verdade do princípio da igualdade, para se chegar à igualdade que a Constituição brasileira garante como direito fundamental de todos”. Carmen Lúcia Antunes Rocha. *Ação Afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica...*, p. 289. No mesmo sentido cf. Sidney Pessoa Madruga da Silva. *Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira...*, p. 119.

do artigo 3º, devendo a ordem econômica ter objetivo de garantir a “existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: redução das desigualdades regionais e sociais e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (...)”; vii) art. 208º, III e V: atendimento especial para pessoas portadoras de deficiência e obriga o Estado a concretizar o direito a garantia e acesso a educação; viii) art. 227º, II: trata da criação de programas de adaptação social dos adolescentes portadores de deficiência.

Através do resumo de alguns artigos da CRFB de 1988 podemos observar, mesmo que indiretamente, que as ações afirmativas estão presentes no ordenamento brasileiro, pois estão em perfeita consonância com os dispositivos da lei fundamental²⁶³. Tanto que os artigos apresentadas denotam o desejo do constituinte em ter tratamentos distintos para as minorias, procurando sempre resguardar a igualdade de oportunidades por meio de medidas ativas, ou melhor dizendo, medidas positivas²⁶⁴.

4.3.2. Supremo Tribunal Federal

A não previsibilidade expressa das ações afirmativas gera uma problemática quanto à constitucionalidade desse tipo de discriminação, pois para serem adotados tratamentos desiguais sempre deverá seguir critérios razoáveis e proporcionais e, nesse caso, estabelecer regras, limites e modalidades para a aplicação da ação afirmativa verificada dependendo da necessidade e atendendo às peculiaridades de cada caso²⁶⁵.

²⁶³ “Vê-se, portanto, que a Constituição Brasileira de 1988 não se limita a proibir a discriminação, afirmando a igualdade, mas permite, também, a utilização de medidas que efetivamente implementem a igualdade material. E mais: tais normas propiciadoras da implementação do princípio da igualdade se acham precisamente no Título I da Constituição, o que trata dos Princípios Fundamentais da nossa República, isto é, cuida-se de normas que informam todo o sistema constitucional, comandando a correta interpretação de outros dispositivos constitucionais”. Joaquim B. Barbosa Gomes. *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro...*, p. 140.

²⁶⁴ Sidney Pessoa Madruga da Silva. *Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira...*, p. 125.

²⁶⁵ “O problema é que o controle da constitucionalidade dos tratamentos impostos aos *iguais* e aos *desiguais*, como reconhecido pelos doutrinadores e pelos tribunais pátrios, não exaure apenas na identificação do *fator de diferenciação* eleito pelo texto normativo (v.g. raça, sexo etc.), mas envolve também a análise da *correspondência existente entre este e as disparidades adotadas* (sem ignorar os interesses privilegiados na Constituição), que deve ser considerada tanto no que se refere ao quesito *pertinência (ou finalidade)* da norma, como também no que tange à sua *razoabilidade* ou *proporcionalidade*. Esse exame, à evidência, não admite um grau elevado de abstração, pois ele só é factível quando definidos vários elementos, que podem – e costumam – variar, de caso para caso”. Paulo Lucena de Menezes. *A Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano...*, p. 153.

Por isso que normalmente as medidas introduzidas são alvo de confirmação da sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil. De forma resumida e exemplificativa selecionamos três casos que se destacaram nas decisões do tribunal superior: Cotas raciais (ADPF 186), Lei Maria da Penha (ADC 19) e Prouni (ADI 3330).

Cotas raciais (ADPF 186/2012)

Tal ADPF versava sobre a política de reserva de cotas étnico-raciais na seleção ingresso de estudantes na Universidade de Brasília. Sendo julgada improcedente, pois a Corte entendeu que a política de cotas da UNB não contradiz o princípio da igualdade material, pelo contrário “(...) a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País (...)”²⁶⁶.

No caso da população afrodescendente no Brasil, as políticas de ação afirmativa têm um aspecto de compensação moral do passado de escravidão, bem como o aspecto de reparação do presente que os negros enfrentam na sociedade brasileira e, em consequência, um futuro de diminuição do racismo institucional. “Isso acontece na medida em que os negros movimentam-se no propósito de atingir a integração ocupacional. Uma vez atingido esse propósito, milhões de negros já não serão mais impedidos injustamente, haja vista os efeitos de sua história de racismo, de alcançar os benefícios do emprego”²⁶⁷.

²⁶⁶ Trecho retirado da ementa da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 186, Distrito Federal, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, pp. 2-3. (Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso e 27/03/2015).

²⁶⁷ André Ricardo Nunes Martins. *Racismo e Imprensa: argumentação no discurso sobre as cotas para negros nas universidades*. In *Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas*. Sales Augusto dos Santos (organizador). Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005, p.186. V. Maria Aparecida Silva Bento. *Branquitude e Poder: a questão das cotas para negros*. In *Ações Afirmativas e Combate ao Racismo*

É verdade que apesar do entendimento pacífico na Suprema Corte brasileira a questão das cotas raciais não é um tema aceito pela opinião pública no Brasil. Entre os argumentos dos opositores da política de cotas, alguns revelam serem mais persistentes: a) A qualidade das universidades estaria comprometida com o ingresso de alunos privilegiados no processo seletivo; b) Na sociedade brasileira tão miscigenada não há como definir quem é negro.

No primeiro argumento, a “preocupação” reside na qualidade das universidades, as quais estariam comprometidas, pois tal política de reserva de vagas privilegia estudantes para ter acesso, visto que sem a cota não conseguiriam passar no processo seletivo. Porém, esse argumento cada vez mais vem sendo menos ouvido, pois os dados de desempenho escolar de alunos cotistas provaram que não se diferem substancialmente dos alunos não cotistas, provando assim que a ação afirmativa nesse setor não prejudicou a qualidade do ensino²⁶⁸.

O segundo argumento é o mais comum, que no Brasil não há como saber quem é negro ou não. Este argumento é controverso e demonstra o quanto que a sociedade brasileira é racista: “Existe aí também uma referência implícita ao racismo à brasileira, pois a dificuldade não é quanto a se definir um branco no Brasil. Com base nessa linha de argumentação, pode-se notar o apagamento da identidade negra como uma realidade positiva. Se há dificuldade em se definir quem é negro, é porque assumir-se como negro pressupõe uma escolha que tem seus próprios riscos, não sendo uma questão pura e simples de livre manifestação. (...) O desenvolvimento da argumentação ao mesmo tempo que serve para desprestigiar a política de cotas deixa o povo negro sem opção. A auto-

nas Américas. Sales Augusto dos Santos (organizador). Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005, p.165.

²⁶⁸ “Affirmative action compromises the quality of Brazilian universities. This was one of the arguments most used by opponents of affirmative action prior however, it has fallen into disuse due to data showing to their similar performance between students entering because of quotas and those not. Let us examine data from the University of Brasilia for an example of the performance of similar students from both groups: those who entered university due to affirmative action policies, the so-called quota students, and those students who did not directly benefit from these policies. Looking at a database that gathers information from students who entered the university in the five years after the implementation of affirmative action (between 2004 and 2008), we can verify that the performance of quota students and non-quota students is fairly similar, with the latter group having a slight edge. The Academic Performance Index (ARI), ranging from 0-5 points, showed that black quota-students scored an average of 3.31 points, while non-quota students scored 3.48 points (University of Brasilia 2010). The difference of 0.17 is negligible, in no way compromising the quality of the university. Data from the various universities with affirmative action policies are similar to these figures from the University of Brasilia. Some universities show a slightly favourable performance by quota-students, as is the case at Rio de Janeiro State University (UERJ) and Bahia State University (Uneb)”. Cf. Edmund Terence Gomez and Ralph Premdas. *Affirmative Action, Ethnicity and Conflict*. Routledge Malaysian Studies Series. London: Publisher Routledge, 2012, p. 195.

declaração não serve porque dá margem à ação de oportunistas. Por sua vez, o alto grau de mestiçagem na sociedade brasileira conduz à interpretação de que negros mesmos existem bem poucos e quem mais pretender se assumir como tal correrá o risco de ser acusado de estar fazendo assim tão somente como pretexto de figurar como candidato potencial à política de cotas”²⁶⁹.

A doutrina vem tentando demonstrar que essa argumentação vinculada principalmente na mídia brasileira torna a política de cotas negativa, transformando um problema ao se afirmar negro, como se essa afirmação viesse de forma de conseguir benefícios e não de um grupo excluído da sociedade, desvalorizando assim a real existência da diversidade²⁷⁰.

Prouni (ADI 3330)

O Programa Universidade para Todos (Prouni) foi instituído pelo governo federal através da medida provisória 213/04, convertida na lei nº 11.096/05, criando, assim, uma medida de ação afirmativa no âmbito do acesso ao ensino superior que em resumo é um programa que concede bolsas integrais ou parciais de estudos em instituições privadas que em troca recebem incentivos fiscais do governo federal para estudantes pobres, egressos de escolas públicas ou bolsistas de escolas privadas, estudante deficiente e professores da rede pública, licenciaturas voltadas para a educação, havendo reserva de vagas para estudantes negros e indígenas²⁷¹.

O STF julgou pela constitucionalidade da lei do Prouni com base em diversos dispositivos da Constituição, entre eles, o art. 3º que prevê a redução das desigualdades sociais que no caso do Brasil pode ser alcançada através do acesso a educação, pois é um meio de ascensão social; o art. 205º que institui o direito a educação para todos como um dever do Estado e o art. 206, I que trata da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

No seguinte trecho da decisão podemos verificar que o STF entende o Prouni como sendo uma política afirmativa e que favorece a concretização da igualdade de

²⁶⁹ André Ricardo Nunes Martins. *Racismo e Imprensa: argumentação no discurso sobre as cotas para negros nas universidades*. In *Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas*. Sales Augusto dos Santos (organizador). Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005, pp.194 e 195.

²⁷⁰ Cf. José Jorge de Carvalho. *Uma Proposta de Cotas para Negros e Índios na Universidade de Brasília*. In *O público e privado*. nº 3, jan./jun., 2004, p. 35.

²⁷¹ Cf. Sidney Pessoa Madruga da Silva. *Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira...*, p. 129.

oportunidades: “(...) 7. Toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como, verbi gratia, o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social. A desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de um descrímen que acompanha a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade (“ciclos cumulativos de desvantagens competitivas”). (...) 8. O PROUNI é um programa de ações afirmativas, que se operacionaliza mediante concessão de bolsas a alunos de baixa renda e diminuto grau de patrimonilização”²⁷².

Lei Maria da Penha (ADC 19/2002)

A lei n.º 11.340/2006 que recebeu o nome de Lei Maria da Penha é uma medida afirmativa que visa a diminuição de casos de violência doméstica contra a mulher punindo o agressor e, na prática, intimidar qualquer ato de violência. O artigo 1º da lei gerou controvérsias, uma vez que é voltado para a proteção de violência contra a “mulher”, ou seja, a lei tem uma proteção específica para o sexo feminino e a controvérsia que foi levantada é que tal lei estaria ferindo o princípio da igualdade, a norma ao se direcionar para as mulheres deixa os homens sem proteção contra a violência doméstica.

Porém, por unanimidade dos votos o STF declarou constitucional tal artigo sobre o argumento que não fere o princípio da igualdade, identificando como um caso ação afirmativa que visa concretizar a igualdade prevenindo e coibindo a violência contra a mulher: “Sou das que compartilham do entendimento de que a Lei Maria da Penha inaugurou uma nova fase no iter das ações afirmativas em favor da mulher brasileira, consistindo em verdadeiro microsistema de proteção à família e à mulher, a contemplar, inclusive, norma de direito do trabalho (...). A discriminação afirmativa que se projeta da Lei Maria da Penha se faz acompanhar de razão que, na exata medida em que se presta a compensar a discriminação de fato cuja existência reconhece, a justifica. Ante os fundamentos expostos, entendo que o art. 1º da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não

²⁷² Trecho retirado da ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.330, Distrito Federal, Relator Ministro Ayres Brito, pp. 1-2 (Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3530112>).

é apenas compatível com o princípio constitucional da igualdade (inciso I do art. 5º) como o densifica, tratando-se de preceito nele diretamente inspirado e balizado, vocacionado que é à sua plena concretização (...)”²⁷³.

Podemos assim observar que as ações afirmativas são diversas estratégias com o objetivo de promover a igualdade e que são adaptadas conforme a necessidade de cada sociedade. A aplicabilidade das ações afirmativas no Brasil não se esgota nas interpretações dos artigos da constituição aqui apresentados nem na confirmação da constitucionalidade dessas medidas pelo STF, indo muito além do debate no âmbito jurídico.

Os casos apresentados aqui são temas de diversos trabalhos mais aprofundados no âmbito sociológico na busca de entender como se operam as discriminações e como as políticas afirmativas no Brasil estão resultando. Porém, o foco desse tópico é somente de apresentar que autorização das ações afirmativas no Brasil como forma de fundamentar ainda mais a aplicação das ações afirmativas e de determinar um conceito na perspectiva brasileira. Para além do debate jurídico o Estado brasileiro “sofre” de mal invisível, pois até para afirmar aquilo que aos olhos é fácil visualizar que sobre discriminação, é algo extremamente difícil, a cultura racista, machista e divisora de classe é muito marcada na sociedade brasileira.

A Constituição de 1988 veio cheia de princípios que não fazem parte do pensamento da população, por isso, as ações afirmativas necessitam entrar em outra fase, que é de entender os reais fatores de discriminação e combater-los no foco através de políticas ativas que permitam o reconhecimento da população de que há uma severa desigualdade real (social, cultural, econômica, histórica) que precisa ser enfrentada. Conforme Ayres Brito “apenas que precisamos de uma sociedade que evite as discriminações e promova as chamadas “ações afirmativas” ou políticas públicas afirmativas de integração civil e moral de segmentos historicamente discriminados, como o seguimento das mulheres, dos deficientes físicos, dos idosos, dos negros, e assim avante”²⁷⁴.

²⁷³ Trecho retirado da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 19, Distrito Federal, Voto da Ministra Rosa Weber, pp. 20-26 (Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>).

²⁷⁴ Trecho retirado da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.105-8, Distrito Federal, Voto Ministro Ayres Brito, p. 179.

CONCLUSÃO

No presente estudo, procuramos traçar um caminho para a compreensão de como as medidas de ação afirmativa são um instrumento jurídico de realização da igualdade. Tais medidas são constitucionalmente possíveis, desde que os ordenamentos fundamentem o tratamento desigual e privilegiado.

Através de uma análise do conteúdo jurídico-constitucional, partindo da igualdade até chegar à ação afirmativa, observando os ordenamentos português e brasileiro, foi possível fazer algumas considerações finais.

A questão fundamental que buscamos demonstrar é a da importância das ações afirmativas no universo jurídico e na busca da igualdade material para todos, especificamente o trabalho se voltou para estudar os institutos da igualdade à ação afirmativa como exemplos de legislações que são voltadas para algumas características humanas (sexo, cor e deficiência.), as quais identificamos no decorrer do texto como “minorias”.

Com a evolução do conceito de igualdade, os direitos fundamentais de algumas minorias discriminadas também evoluíram. Através de um sistema de proteção internacional os Estados receberam exigências para a proteção dos Direitos Humanos, estabelecendo assim um marco e um novo jeito de pensar a igualdade, como forma de punir as práticas discriminatórias contra tais minorias.

Assim, alguns instrumentos internacionais foram elaborados no intuito de promover a não discriminação, contudo essa proteção na lei não foi suficiente para alcançar a igualdade material. Dando espaço à uma proteção especial e no lugar do tratamento igualitário, a concessão de vantagens e privilégios para determinadas pessoas encontra lugar e respaldo no Direito. Nas palavras de Robert Alexy “quem quer promover a igualdade fática tem que estar disposto a aceitar desigualdade jurídica”²⁷⁵, que nada mais é do que a promoção através do direito de discriminar para reparar, compensar e extinguir as desigualdades.

Dessa forma, com o objetivo de concretização da igualdade fática surge o conceito de discriminação positiva ou ação afirmativa como instrumento capaz de promover ativamente a tão sonhada igualdade entre os homens. Para tal, devem atender as

²⁷⁵ Robert Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Vírgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 417.

exigências: i) de serem proporcionais; ii) com a finalidade de atingir os objetivos fundamentais contidos nas constituições; iii) nos casos específicos, sejam temporárias, havendo a suspensão da política após o alcance da igualdade de fato; iv) serem atentas as peculiaridades dos fatos históricos, sociológicos, culturais para justificar o tipo de ação positiva mais adequada do caso específico; v) a delimitação de obrigacional de quem é o responsável pela a promoção da ação afirmativa o poder público ou privado.

Podemos afirmar que o ordenamento jurídico português e brasileiro contêm a proteção para a aplicabilidade de tais medidas, uma vez que promovem tratamentos desiguais para alguns grupos particulares que necessitam dessa especial proteção. Apesar de ambos adotarem as ações afirmativas, cada um promove e implanta na medida das exigências sociais e das peculiaridades de cada sociedade.

Percebeu-se que, em Portugal, o termo “discriminação positiva” é mais utilizado, apesar de não haver um consenso nas diferenças com relação ao termo mais adequado, entre “discriminação” ou “ação afirmativa”, no entanto, entendemos que tal termo se enquadra melhor aqui, pois os direitos que se pretendem resguardar estão voltados, para a extinção da discriminação negativa, que é mais voltada aos preconceitos.

Já no Brasil, o termo “ação afirmativa” se fundamenta no tocante à busca ativa e em forma de políticas estatais voltadas para a transformação da sociedade não somente no âmbito do preconceito, mas também, na economia e principalmente no acesso aos bens básicos, onde essas minorias recebem uma maior exclusão. Isto porque, no caso brasileiro os primeiros direitos sociais chegaram de forma tardia, então a sociedade recebe os direitos mais básicos sempre na forma de compensação e não na forma efetiva e obrigatória do Estado. Decorre daí a razão de utilizar as ações afirmativas para resolver grandes falhas do passado que enjeram na atual desigualdade social.

Percebemos ainda que, em Portugal, há uma preocupação e uma polémica em torno da constitucionalidade de medidas de discriminação positiva que não estejam expressamente previstas na Constituição, havendo pela maioria da doutrina o entendimento que o princípio da igualdade aceita a promoção da igualdade de oportunidades, necessárias para reduzir as desigualdades sociais, econômicas ou culturais para determinadas minorias. Porém, a aplicabilidade da adoção das ações positivas só é possível desde que estejam autorizadas na lei fundamental, uma vez que elas garantem as igualdades de resultados.

No caso brasileiro, é pacífico que os diversos dispositivos da Constituição apesar não expressarem o termo “ação afirmativa” fundamentam a sua aplicação, pois fomentam a igualdade fática, buscando a igualdade de oportunidade e de resultado, equilibrando assim as desigualdades sociais. A dificuldade que o caso brasileiro encontra é na afirmação da discriminação para a aceitação das ações afirmativas pela população, que é contra alguns instrumentos de políticas afirmativas utilizadas pelo Estado.

Entretanto, apesar das diferenças nos argumentos e nas peculiaridades do caso português e do brasileiro, é pacífico o entendimento em ambos os Estados que as ações afirmativas são medidas que trazem a possibilidade real de diminuir as discriminações.

Em resumo, podemos dizer que atualmente o conteúdo jurídico da igualdade é abrangente: no âmbito do tratamento igual; da proibição à discriminação e na promoção de medidas afirmativas, quando necessárias, adequando a norma com o objetivo de defender as minorias.

Assim, concluímos trazendo o pensamento de Popper sobre o que é a história, o qual entende que “podemos aprender a partir dela; mas o futuro não é um prolongamento do passado; nem sua extrapolação. O futuro ainda não existe. A nossa grande responsabilidade reside precisamente no facto de podermos influenciar o futuro, de podermos fazer o nosso melhor para torná-lo melhor”²⁷⁶. Podemos fazer melhor para que a igualdade seja concretizada; aperfeiçoando essas políticas de ação afirmativa na medida em que estimule a igualdade de oportunidades e a redução da desigualdade social. O processo é longo e sinuoso, mas não deixa de ser possível que cheguemos a uma sociedade mais próxima do respeito às diferenças e que não exclua os diferentes.

²⁷⁶ Karl Popper. *A vida é aprendizagem – Epistemologia evolutiva e sociedade aberta*. Tradução de Paula Taipas. São Paulo: Edições 70, 2001, p. 183.

BIBLIOGRAFIA

A

ABRUNHOSA, Ângelo. *Centralismo e o anticeutralismo no movimento constitucional em Espanha e Portugal*. In *Polis: revista de estudos jurídico-políticos*. Lisboa. ISSN 0872-8208. Nº 18/21 (2012), pp. 5 – 30.

ALBUQUERQUE, Martim de. *Da Igualdade: Introdução à jurisprudência*. Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

ALCALÁ. Humberto Nogueira. *EL Derecho la Igualdad ante la Ley, la no Discriminación y Acciones Positivas*. In *AFDUDC*, 10, 2006, pp. 799-831

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2ª ed. Tradução Jorge Seña. Barcelona: Gedisa, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Vírgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Sofia. *Igualdade de tratamento entre homens e mulheres: Discriminação positiva (sistema de quotas). A decisão Kalanke de 17 de outubro de 1995*. In *Revista Jurídica*, nº 20, 1996.

AMARAL, Maria Lúcia. *Um Povo de Homens e de Mulheres em País de Constituição Débil*. In *ex aequo*, nº 10, 2004.

ANDRADE, Carlos Drummond de. *A Paixão Medida*. 1ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ªEd., Coimbra: Almedina, 2012.

ANIS, Michele. *Azioni Positive e Principio D'Eguaglianza*, in *Giurisprudenza Costituzionale*. Anno XXXVII, Fasc. 1, 1992.

ARAÚJO, António de. *Cidadãos portadores de deficiência: O seu lugar na Constituição da República*. 1ªed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

ATIENZA, Manuel. *Un comentario al caso Kalanke*. In Doxa, vol. 19, 1996.

B

B., Alejandro Silva. *Igualdad ante la Ley*. In Estudios Jurídicos, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, v.2, nº. 1-2, 1973.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Saraiva editora, São Paulo 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª ed., rev. atual. e ampl., Saraiva editora, São Paulo, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *O Constitucionalismo Democrático no Brasil: Crônica de um sucesso Imprevisto. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Fórum, Belo Horizonte, 2012.

BARROZO, Paulo Daflon. *A ideia de igualdade e as ações afirmativas*. In Lua nova, nº 63, 2004, pp 104 – 141.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional 22ª edição*, São Paulo: Saraiva, 2001.

BELEZA, Teresa Pizarro, *Discriminação e contra-discriminação em razão da orientação sexual no direito português*. In Sep. de: Revista do Ministério Público, nº 123, ano 31, Jul.-Set., 2010, pp. 5-57.

BELEZA, Teresa Pizarro; MELO Helena Pereira de. *Discriminação e contra-discriminação em razão da orientação sexual no direito português*. In Revista do Ministério Público, ano 31, nº 123, jul-set 2010.

BELMONTE, Cláudio Petrini. *O Sentido e o Alcance do princípio da igualdade como meio de controle da Constitucionalidade das normas Jurídicas na Jurisprudência do*

Tribunal Constitucional de Portugal e do Supremo Tribunal Federal. In Revista de Informação Legislativa, Brasília, nº. 144, ano 36, 1999.

BENDOR, Ariel L. *On Aristotelian Equality, the Fundamental Right to Equality, and Governmental Discretion. In Review of Constitutional Studies, v. 8, nº 1, 2003.*

BERMANN, B. *In defense of affirmative action. New York: BasicBooks, 1996.*

BESUSSI, Antonella. *L'idea di Eguaglianza: una discussionr. In Politeia – Revista Di Etica e Scelte Pubbliche, anno XVII, nº 63, Milano, 2001.*

BIXIO, Andréa. *Individualità e Eguaglianza. In Revista Internazionale di Filosofia del Diritto, Serie IV, nº LIV, 1997.*

BOBBIO, Norberto. *Eguaglianza ed Egualitarismo. In Revista Internazionale di Filosofia del Diritto, Serie IV, nº LII, 1996.*

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995.*

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.*

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.*

C

CAMPOS, Hélio Silvio Ourém. *Universidade da Califórnia versus Allan Bakke – a discriminação reversa e a democracia inclusiva no Brasil. In O direito, ano 143, 2011, III.*

CAMPO, Javier Jimenez. *La Igualdad Juridica como Limite Frente ao Legislador. In Revista Española de Derecho Constitucional, año 3, nº. 9, Septiembre-diciembre, 1983.*

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição, 7ª ed., 14ª Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003.*

CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra editora, 2014.*

- CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra editora, 1991.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- CANOTILHO, Mariana. *Brevíssimos apontamentos sobre a não discriminação no direito da União Europeia*. In *Julgar Lisboa*, n.º14 (maio-ago. 2011).
- CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. *Las acciones positivas*. In *Jueces para la democracia*, n.º41, 2001.
- CARVALHO, Catarina de Oliveira. *Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho: Consequências práticas da dimensão da empresa na configuração das relações laborais individuais e colectivas*. Coimbra: Coimbra editora, 1ª Ed. 2011.
- CARVALHO, Cristina Helena Almeida de. *Política de ensino superior e renúncia fiscal: da reforma universitária de 1968 ao PROUNI*. In: ANAIS do 28º Encontro da Anped. GT – Política de educação superior. Caxambu, MG: 2005.
- CARVALHO, José Jorge de. *Inclusão Étnica e Racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior*. São Paulo: Attar, 2005.
- CASALEIRO, Paula. *O poder do direito e o poder do feminismo: revisão crítica da proposta teórica de Carol Smart*. In *Ex aequo* n.º 29, 2014.
- CASIMIRO, Isabel Maria e ANDRADE, Ximena. *Investigação Sobre Mulher e Género no Centro de Estudos Africanos*. In *Estudos Moçambicanos*, n.º21, 2005.
- COMPARATO, Fábio. *A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos*. 6ª ed., rev. e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- COMPARATO, Fábio. *Igualdade, Desigualdade*. In *Revista Trimestral de Direito Público*, n.º I, Malheiros Editores. São Paulo, 1993.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos*. 6ª ed., rev. e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *Igualdade, Desigualdade*. In Revista Trimestral de Direito Público, nº I, Malheiros Editores. São Paulo, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. *Precisões Sobre os Conceitos de Lei e de Igualdade Jurídica*. In Revista dos Tribunais, v. 750, ano 87, abril de 1998.

CONTRERAS, Sergio Gamonal. *El Principio de no Discriminación por Razones de Sexo en Materia Laboral*. In Igualdade dos Gêneros nas Relações de Trabalho. Laís de Oliveira Penido (Coord.) Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006.

CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2001.

COSTA, Jorge. *Direito como Instrumento para igualdade de Homens e Mulheres: Meios de Tutela do Direito*. In Ex Aequo: Revista da Associação Portuguesa de Estudo Sobre as Mulheres. nº 10, 2004.

CUNHA, Patrícia Noiret Silveira da. *O Princípio da Igualdade em Direito Comunitário e o seu Âmbito e Limites Face à Recente Jurisprudência do Tribunal de Justiça*. In Revista Jurídica, Associação Acadêmica da Faculdade de Lisboa, Nova Série, nº 23, 1999.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Igualdade, Minorias e Discriminação*. In Revista O Direito, Separata, ano 131º, nº III-IV, 1999.

CROSBY, Faye J. *Affirmative action is dead, long live affirmative action*. New Haven, Conn.: Yale University Press, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O Direito à Diferença: As Ações Afirmativas como Mecanismo de Inclusão Social de Mulheres, Negros, Homossexuais e Pessoas Portadoras de Deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

D

D'ALOIA, Antonio. *Eguaglianza Sostanziale e Diritto Diseguale – Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*. Università Degli di Parma, Parma, 2002.

DAHL, Tove Stang. *O Direito das Mulheres: uma introdução à teoria do direito feminista*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Serviço de Educação, 1993.

DRAY, Guilherme Machado. *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

DOMÍNGUEZ, Ana Garriga. *Igualdad, Discriminación y Diferencia em la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. In *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolome de las Casas*, año VI(10), nº 10, Madrid, 2001, pp.53-105.

DORNELLES, João Ricardo W. *A Internacionalização dos Direitos Humanos*. In *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano IV, n. 4 e ano V, n.5 – 2003-2004.

DWORKIN, Ronald. *A Virtude soberana: a teoria e a pratica da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? (principles for a new political debate)*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

E

ENGELMANN, Wilson. *O Princípio da Igualdade*. São Leopoldo: Sinodal, 2008.

F

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos Jurídicos das Ações Afirmativas*. In *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, v.69, nº 2, jul./dez. 2003.

FERREIRA, Virginia. *Estudos sobre as mulheres em Portugal: a Construção de um Novo Campo Científico*. In *ex aequo*, 5, 2001.

FISCUS, Ronald Jerry. *The Constitutional Logic of Affirmative Action*. Durham: Duke University Press, 1992, p. 3.

G

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *La codificación de los procesos constitucionales. In Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda / coord. Marcelo Rebelo de Sousa... [et al.]. Lisboa : Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012. Vol. 1, pp. 593- 610.*

GARCIA, Maria da Glória F.P.D. *Estudos sobre o princípio da igualdade.* Coimbra: Almedina, 2005.

GHERA, Edoardo. *Azioni Positive e pari Opportunità. In Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali, n° 65, anno XLVII, I trimestre, 1995.*

GLUCK, David Gimenez. *Uma Manifestación Polémica del Principio de Igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa.* Tirant Lo Blach, Valencia, 1999.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Ação Afirmativa – Cota obrigatória para a população negra – Projeto de Lei Municipal 111/2002 da Cidade de Bebedouro – SP – Análise da sua constitucionalidade. In Revista dos Tribunais, São Paulo, v.92, n° 811, maio 2003.*

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. In Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 38 n. 151 jul./set. 2001.*

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa & Principio Constitucional da Igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA, 1ª Ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.*

GOMES, Joaquim B. Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. In Seminário Internacional as Minorias e o Direito, 2002, Brasília, DF. As minorias e o Direito. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2002.*

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Direito, Sociedade Civil e Minorias no Brasil da Virada do Milênio*. In *Direito e Mudança Social*/Denise Dourado Dora (Coord.), Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *O debate constitucional sobre as ações afirmativas*. In SANTOS, Renato E; LOBATO, Fátima (orgs.) *Ações afirmativas: Políticas Públicas contra desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP & A, 2003

GOMEZ, Edmund Terence and PREMDAS, Ralph. *Affirmative Action, Ethnicity and Conflict*. Routledge Malaysian Studies Series. London: Publisher Routledge, 2012.

GONZÁLEZ, Felipe. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: avanços e desafios*. In *Revista Direitos Humanos*, nº 6, set., 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

H

HÄBERLE, Peter. *Libertad, Igualdad, Fraternidad – 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Intolerance and Discrimination*. In *international Journal of Constitutional Law*, v.1, nº 1, Oxford Press, January 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural na Esfera Pública. Investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro estudo de Teoria Política*. São Paulo: Loyola, 2002.

HARK, Sabine. *Magical Sign: On the Politics of Inter-and Transdisciplinarity*. In *Graduate Journal of Social Science*, 4, nº 2, 2007.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

HODGES-AEBERHARD, Jane. *Affirmative action in employment: Recent court approaches to a difficult concept*. In LOUTFI, M. (ed.) *Women, gender and work*. OIT, 2001.

I

IBARRECHE, Rafael Sastre. *La acción Positiva para las Mujeres en el Derecho Comunitario*. In *Igualdade dos Gêneros nas Relações de Trabalho*. Laís de Oliveira Penido (Coord.) Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006.

K

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KELLOUGH, J. Edward. *Understanding Affirmative Action: Politics, Discrimination, and the Search for Justice*. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

L

LELIS, Marcos Eduardo. *Ações afirmativas: Uma análise das Discriminações Positivas Frente ao Princípio da Igualdade*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-políticas. Coimbra, 2005.

L'HERUREX-DUBÉ, Claire. *Realizing Equality in the Twentieth Century: the role of the Supreme Court of the Canada in comparative perspective*. In *International Journal of Constitutional Law*, v.1 n° 1, Oxford Presse, Juuary, 2003.

LLORENTE, Francisco Rubio. *La Igualdad em la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. In *Revista Española de derecho Constitucional*, n° 31, año 11, enero-abril, 1991.

LOPES, Dulce. *A jurisprudência do tribunal europeu dos Direitos do Homem vista à luz do princípio da não discriminação*. In *Julgar Lisboa*, n.º14 (maio-ago. 2011).

M

MADRUGA, Sidney. Discriminação Positiva: ações afirmativas na realidade brasileira, Brasília Jurídica, Brasília, 2005.

MALTEZ, José Adelino. *Sobre a Igualdade de Oportunidades e o Direito ao Ensino*. In Educação e Direito, Revista da Associação Portuguesa de Direito da Educação, ano 1, nº 2, 2º semestre, 1999.

MANCEBO, Deise. “Universidade para todos”: a privatização em questão Pro-Posições, v. 15, n. 3 (45), set. - dez., 2004.

MARQUES Cláudia Lima Marques e MIRAGEM Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARTÍNEZ, Maria Del Pilar Hernández. *El Principio de Igualdade em la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español – Como valor y como principio em la aplicación jurisdiccional de la ley*. In Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva serie, Año XXVII, nº 81, septiembre-diciembre, 1994.

MARTÍN VIDA, María Ángeles. *Medidas de tratamiento preferente a favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones a hilo de la sentencia Marschall*. In Revista Española de Derecho Constitucional, nº 53, 1998.

MARTÍN VIDA, María Ángeles. *Modelos de medidas de acción positiva en los países miembros de la Unión Europea*. In Teoría y Realidad Constitucional. ISSN 113905583. Nº 12/13, 2003/2004.

MARTÍN, Nuria González. *El Principio de Igualdad, la Prohibición de Discriminación y las Acciones Positivas*. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/340/18.pdf>

MATE, Manuel-Reyes. *Pensar la Igualdad y la Diferencia – una reflexión filosófica*. Colección Igualdade, V. II, Reyes Mate editor, Madrid, 1995.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do principio da igualdade*. São Paulo, 3ª Edição, 8ª Tiragem, Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. *Ótica Constitucional – a igualdade e as ações afirmativas*. In Revista da Escola Nacional da Magistratura Associação dos Magistrados Brasileiros, ano I, nº 01, abril 2006. (Disponível em: <http://www.enm.org.br/docs/RevistaENM.pdf>).

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENEZES, Paulo Lucena de. *A Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MENEZES, Paulo Lucena de. *Ação afirmativa: os modelos jurídicos internacionais e a experiência brasileira*. In Revista dos tribunais. São Paulo: Revista dos tribunais, 10/2003. pp. 39 - 61.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. II, tomo IV, 1ª Ed., Coimbra: Coimbra editora, 2014.

MIRANDA, Jorge. *A igualdade e participação política da mulher*. In O Direito, ano 130, nº I-II, Janeiro-Junho, 1998.

MOEHLECKE, Sabrina. *Ação afirmativa: História e debates no Brasil*. In Cadernos de Pesquisa, nº 117, novembro/2002.

MONTEBELLO, Marianna. *As Políticas de Ação Afirmativa sob a Perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos*. In Interesse Público, Porto Alegre, vol. 6, n. 29, jan./fev., 2005.

MOREIRA, Teresa Coelho. *Igualdade e não discriminação: estudos de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2013.

MOREIRA, Vital. *A IV Revisão Constitucional e Igualdade de Homens e Mulheres no Exercício de Direitos Cívicos e Políticos (notas sobre o artigo 109 da CRP)*. In Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra, Separata, V, LXXIV, Coimbra, 1998.

MICHARG, Aileen and NICOLSON Donald. *Debating affirmative action. Conceptual, Contextual, and Comparative Perspectives*. Wiley-Blackwell; 1 edition, 2006.

N

NEVES, Castanheira. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra editora, 1ªed., reimp. Coimbra: Coimbra editora, 2014.

NOGUEIRA, J. Vilas. *Igualdad Juridica em el estado capitalista: los derechos sociales*. In Revista de Estudios Políticos, Nueva Epoca, nº14, marzo-abril, 1980.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, 1ª Ed, Coimbra: Coimbra editora, 2011.

O

OLIVEIRA, Lilian Maria de. *Ações Afirmativas como Políticas de Promoção da Igualdade e Combate à Discriminação e Violência contra a Mulher*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-políticas. Coimbra: 2012.

ORTEGA, Ricardo Rivero. *Algunas reflexiones sobre la igualdad de derechos de mujeres y hombres en el ámbito comunitario. Comentario de la Sentencia Kalanke de Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*. In Revista Española de Derecho Administrativo, nº 90, 1996.

ORTIZ-IBARZ, José Maria. *Libertad, Igualdad, Constitucionalismo*. In Persona y Derecho – Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos da Universidad de Navarra, nº34, 1996.

P

PACE, Alessandro. *Igualdad y Libertad*. In Revista Española de Derecho Constitucional, nº64, año 22, 2002.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *O princípio da não discriminação*. In Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE. Número 11 – setembro/outubro/novembro 2007 – Salvador – Bahia – Brasil – ISSN 1981 – 1888.

PASTOR, María Amparo Ballester. *La STJ de Luxemburgo de 17 de octubre de 1995: entre la acción afirmativa y el varón discriminad*. In Tribunal Social, nº 58, 1995.

PASTOR, María Amparo Ballester. *Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa: un análisis conceptual y de legalidad tras la Sentencia Marschall*. In *Relaciones Laborales*, n° 18, 1998.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In *Temas emergentes de Direitos Humanos*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2006.

PEREIRA, Maria do Mar. *A Institucionalização dos Estudos sobre as Mulheres, de Género e Feministas em Portugal no Século XXI: Conquistas, Desafios e Paradoxos*. In *Faces de Eva: Estudos Sobre a Mulher*, n°30, Edições Colibri / Universidade Nova de Lisboa, 2013.

PETERS Anne. *Women, Quotas and Constitutions – A Comparative Study of Affirmative Action for Women under American, German EC and International Law*. London: Klumer Law International Ltd, 1999.

PINTO, Teresa. *História das Mulheres e do Género: Uma Progressiva Presença do Institucional de Dúbia Legitimação Académica*. In *ex aequo*, 15, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos*. In *Cadernos de Pesquisa*, v.35, n. 124, jan./abr. 2005. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-15742005000100004> acesso em: 30 de jan. 2015

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Ações Afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas*. In *Estudos Feministas*, 16(3): 424, setembro-dezembro/2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos das Mulheres no Brasil: desafios e perspectivas*. In *A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2005.

PITANGUY, Jacqueline. *Mulher e cidadania*. In *Mulher e Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: IBAM/UNICEF, 1991.

POPPER, Karl. *A vida é aprendizagem – Epistemologia evolutiva e sociedade aberta*. Tradução de Paula Taipas. São Paulo: Edições 70, 2001.

PRUX, Paula. *As Ações Afirmativas sob o enfoque dos Direitos Fundamentais*. Universidade Federal de Juiz de Fora. (Disponível em: http://www.fempapr.org.br/artigos/upload_artigos/paula%20prux.pdf acesso em: 05 de mar de 2015).

R

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Garantir a Igualdade remuneratória entre mulheres e homens na União Europeia*. 2ªed., Lisboa: DGEEP, 2005.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Igualdade de Género e Direito Comunitário – Notas Breves*. In *Ex aequo* n° 10, 2004.

RAPOSO, Vera Lúcia. *O poder de Eva “O principio da igualdade no âmbito dos direitos políticos; Problemas suscitados pela discriminação positiva”*. Coimbra: Almedina, 2004.

RAPOSO, Vera Lúcia. *Os limites da Igualdade: um enigma por desvendar: a utilização da discriminação positiva de género no direito do trabalho*. In *A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho*. / (coord) Laís de Oliveira Penido. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, pp. 165-190.

RÊGO, Maria do Céu da Cunha. *Novas Respostas do Direito para a Concretização da Igualdade de Género*. In *Ex Aequo*, n° 10, 2004, p. 86.

RIBEIRO, Carlos Antônio Costa. *Classe, Raça e Mobilidade Social no Brasil*. In *Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, vol. 494, 2006.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa – O Conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. In *Revista de Informação Legislativa*, vol. 33, n.º 131. Brasília, jul./set., 1996.

RODRIGUEZ-PIÑEIRO, Miguel. Nuevas Dimensiones de la Igualdad: No Discriminación y Acción Positiva. *In Persona y Derecho – Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos da Universidad de Navarra*, nº44, 2001.

S

SANTOS, Boaventura S. *O Estado, as relações salariais e o bem-estar social na semi-periferia: o caso português*. *In Portugal um retrato singular*. / SANTOS, Boaventura S. (organizador). Porto, Afrontamento, 1993, pp. 15 – 56.

SANTOS, Fernanda (coord. e elab.). *Igualdade de gênero em Portugal: 2001*. Lisboa: Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género, 2012.

SANTOS, Sales Augusto dos. *Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas*. Sales Augusto dos Santos (organizador). Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Livre e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional e Igualdade Étnico-Racial*. *In Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial*/ Flávia Piovesan (Coord.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCOTT, Joan W. *The Conundrum of Equality*. Institute for Advanced Studies, Occasional Paper Serie (March, 1999).

SEN, Amartya. *O desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Ação afirmativa no âmbito do Ensino Superior: uma análise da constitucionalidade das políticas de cotas para ingresso em universidades*. In *Direito, Estado e Sociedade*. Nº34, p. 42 a 67 jan/jun 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA JR., Hédio. *O princípio da igualdade e os direitos de igualdade na constituição de 1988*, In *Revista de Direito Constitucional e Internacional – Cadernos de Direitos Constitucional e Ciencia Política*. Ano 10, jan-mar, 2002, nº38.

SILVA, Maria Manuela Maia da. *A discriminação sexual no mercado de trabalho. As questões mais polémicas. Uma reflexão sobre a repercussão das discriminações directas e indirectas*. In *Dereito, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 9, nº 2, 2000.

SILVA, Maria Regina Tavares da. *Pensar a Igualdade numa Perspectiva de Género: Nota Breve sobre um Percurso Longo no Discurso Político da Comunidade Internacional*. In *Faces de Eva: Estudos Sobre a Mulher*, nº30, Edições Colibri / Universidade Nova de Lisboa, 2013.

SILVÉRIO, Valter Roberto. *Ação Afirmativa e o Combate ao Racismo Institucional no Brasil*. In *Cadernos de Pesquisa*, n. 117, São Paulo, novembro/2002.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

SOUZA, Felipe de Macedo; FONSECA, Gabriel Ferreira da. *O Papel Transformador do Direito: ações afirmativas e inserção das mulheres na política brasileira*. In *Revista de Filosofia do Direito do Estado e da Sociedade – FIDES*, Natal, v.1, n 2, ago./dez.2010.

SOWELL, Thomas. *Affirmative Action Around the World – Na empirical study*. Yale Universtiy Press: New Haven & Londin, 2004.

T

TAVARES, Manuela. *Feminismos em Portugal*. Lisboa: Texto Editora, 2011.

TORRES, Amaya Ubeda de. *El Principio de Igualdad de trato y la Prohinición de dicriminación por Razón de Sexo a la Luz de la Jurisprudencia del T.J.C.E. in Revista de la Facultad de Derecho – Universidad Complutense, Curso 2001-2001, Madrid, 2002.*

TUSHNET, Mark. *United States – Supreme Curt rules on affirmative action. In Intenational Journal of Constitutional Law, nº 1, v.2, January de 2004.*

V

VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

VOGEL-POLSKY, Eliane. *A propósito de la Sentencia Marschall. El estatuto de las acciones positivas en Derecho Comunitario. In Relaciones Laborales, nº 9, 1999.*

Z

ZIPPELIUS, Reinhold. *Introdução ao estudo do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.