



Mariana de Sousa Carvalho

Igualdade v. Desigualdade. Onde se enquadram as ações afirmativas?

Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em
Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Constitucional,
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,
sob orientação da Professora Doutora Maria Benedita Urbano

2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



MARIANA DE SOUSA CARVALHO

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

Orientadora: Dra. Maria Benedita Malaquias Pires
Urbano

Coimbra

2014

AGRADECIMENTOS

Como tudo na minha vida, começo agradecendo à minha mãe. O laço que nos une transcende a capacidade de compreensão. Meu exemplo de caráter, minha melhor amiga, minha ídola e certamente minha maior fã. Aquela que muito abdicou para me conceder o maior presente de todos: educação. Sonho em poder retribuir à altura. Te amo mais do que tudo.

Agradeço também à minha família. Claudio, Karin, Thiago e Ivo. Sem vocês eu não seria capaz de tantas conquistas. Sinto-me abençoada por esse laço. À Valentina, por trazer tanta alegria. Aos meus padrinhos Marcos e Luci, que sempre se fizeram presentes. Ao meu Deucinho, por me fazer acreditar no amor.

Aos meus amigos, por tornarem a minha vida melhor.

À minha orientadora agradeço os ensinamentos, a paciência e o voto de confiança.

RESUMO

As ações afirmativas são expressão do princípio da igualdade? Com esta ideia em mente dedicamos o presente estudo às políticas públicas e privadas instituídas para combater a discriminação de grupos minoritários, por meio de tratamento diferenciado, com o objetivo de concretizar o ideal de igualdade. De início, buscou-se verificar brevemente a evolução da noção de igualdade ao longo do tempo e investigar o seu conteúdo, em especial os critérios adotados para diferenciação e os seus limites. Depois, passou-se à análise específica das ações afirmativas. Abordou-se a dificuldade conceitual, a pluralidade de nomenclatura, as origens, as formas de manifestação, os espaços de atuação, a difusão ao redor do mundo, as bases teóricas e as objeções habitualmente suscitadas. A necessidade de limitação do tema foi imperativa. E, mais especificamente, nos debruçamos sobre os seguintes pontos polêmicos: (i) os beneficiários e os critérios para eleição e definição; (ii) a suposta temporariedade; (iii) o risco de institucionalização e (iv) os direitos da maioria em confronto com os da minoria.

ABSTRACT

Are affirmative actions an expression of the principle of equality? With this in mind we dedicated this study to public and private policies set up to fight discrimination of minority groups through differential treatment in order to achieve the ideal of equality. Initially, we attempted to briefly observe the evolution of the notion of equality over time and investigate its contents, especially the criteria used for differentiation and its limits. Then we moved on to specific analysis of affirmative action. Addressed the conceptual difficulty, the terminology plurality, the origins, the different displays, the performance spaces, its spread around the world, the theoretical basis and the usually raised objections. The theme's restriction was imperative. And more specifically, we concentrate on the following controversial issues: (i) the beneficiaries and criteria for election and definition; (ii) the alleged temporality; (iii) the risk of institutionalization and (iv) the rights of the majority vs. the minority.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| INTRODUÇÃO | 6 |
| 1. LINHAS GERAIS DA IGUALDADE. CARACTERIZAÇÃO E EVOLUÇÃO..... | 14 |
| 1.1 – A IGUALDADE COMO PRINCÍPIO, REGRA E VALOR | 14 |
| 1.2 – OS PRIMÓRDIOS DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE | 15 |
| 1.3 – A EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO CONSTITUCIONALISMO | 21 |
| 2. O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE | 25 |
| 2.1 – A ANÁLISE COMPARATIVA COMO PRESSUPOSTO DA IGUALDADE | 25 |
| 2.2 – A AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS ABSOLUTOS | 28 |
| 2.3 – UM CERTO CONSENSO..... | 31 |
| 3. AÇÕES AFIRMATIVAS..... | 35 |
| 3.1 – INTRODUÇÃO E ASPECTOS GERAIS..... | 35 |
| 3.2 – AS BASES TEÓRICAS | 51 |
| 3.2.1 – REPARAÇÃO HISTÓRICA OU JUSTIÇA COMPENSATÓRIA | 52 |
| 3.2.2 – JUSTIÇA DISTRIBUTIVA | 61 |
| 3.2.3 – DIVERSIDADE..... | 66 |
| 3.3 – OBJEÇÕES TRADICIONAIS. DOS CRITÉRIOS PROIBIDOS À DISCRIMINAÇÃO REVERSA | 75 |
| 4. PARA REFLEXÃO: PONTOS (AINDA MAIS) CONTROVERTIDOS | 91 |
| 4.1 – AÇÕES AFIRMATIVAS PARA QUEM? OS PROBLEMAS NAS ELEIÇÕES DE CRITÉRIOS E DEFINIÇÃO DE GRUPOS..... | 91 |
| 4.1.1 – UMA TIPOLOGIA..... | 91 |
| 4.1.2 – OS GRUPOS MINORITÁRIOS..... | 93 |
| 4.1.3 – OS CRITÉRIOS..... | 97 |
| 4.2- AÇÕES AFIRMATIVAS ATÉ QUANDO? A (SUPOSTA) TEMPORALIDADE | 104 |
| 4.3 – O RISCO DE INSTITUCIONALIZAÇÃO..... | 110 |
| 4.4 – AÇÕES AFIRMATIVAS – DIREITO? DE QUEM? A QUESTÃO MAJORITÁRIA | 119 |
| CONCLUSÃO..... | 126 |

INTRODUÇÃO

Justificar o motivo pelo qual, ou melhor dizendo, os motivos pelos quais resolvemos estudar o princípio da igualdade e, dentro dele, as ações afirmativas parece ser a melhor maneira de iniciar o presente trabalho. O tema é, de fato, antigo e experimentado. Existem inúmeras investigações e teses a seu respeito, com destaque para a absoluta diversidade de enfoques e para o verdadeiro brilhantismo de alguns autores.

Todavia, longe de haver esgotamento das discussões, estas permanecem vivas e muitas vezes renovadas, de modo que acreditamos ainda existir espaço para o desenvolvimento na matéria. Aliás, mais do que isso, cremos que há verdadeira necessidade de acréscimo da pesquisa e da reflexão em tal campo. Não por ausência de qualidade ou quantidade dos estudos produzidos até aqui. Mas porque, seja em âmbito local, seja global, ainda não se conseguiu alcançar uma perspectiva incontestável, capaz de trazer uma resposta satisfatória e definitiva para a sociedade, sendo de se acrescentar que a constante e natural evolução desta impõe a revisitação do tema.

Questões centrais e de importância vital para a sociedade, associadas ao princípio da igualdade, remanescem. Para chegar a esta conclusão, basta observar, por exemplo, a discussão a respeito da igualdade de direitos relativa aos homossexuais. A disparidade de tratamento nos diversos sistemas jurídicos é evidente. Enquanto em alguns países é permitido o casamento homoafetivo (Holanda, Bélgica, Espanha, Canadá, África do Sul, Noruega, Suécia, Portugal, Islândia, Argentina, Dinamarca, Uruguai, Nova Zelândia, Brasil, França, Inglaterra, País de Gales e Escócia¹), em sentido diametralmente oposto, em mais de 70 outros, o relacionamento homossexual é considerado crime²⁻³.

¹ O casamento também é legalizado em determinadas unidades federadas de Estados, como em alguns estados dos Estados Unidos da América (atualmente 19). No México, uma Lei do Distrito Federal (Cidade do México) entrou em vigor em 2010, permitindo o casamento homoafetivo, tendo a Suprema Corte reconhecido a sua validade em todo o território nacional (relatório da ILGA – International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans And Intersex Association, disponível em: <<http://ilga.org/ilga/en/countries/MEXICO/Law>>. Outros países permitem a união civil entre homossexuais, embora não seja caracterizada como casamento, sendo possível citar os seguintes exemplos: Alemanha, Áustria, Finlândia, República Tcheca, Suíça, Colômbia, Equador, Irlanda.

² <<http://ilga.org/ilga/pt/article/nxFKFCd1iE>> Acesso em 10.07.2013.

³ Para além desta dissemelhança, em cada ordenamento jurídico germinam inúmeras discussões sobre a igualdade de direitos dos homossexuais, de modo que a legislação vigente é constantemente questionada, seja no sentido da permissividade, seja no sentido da restrição. Evidenciam isso: a decisão do Tribunal Constitucional da Índia, em dezembro de 2013, que reconheceu a vigência de uma lei, editada ainda sob a égide do colonialismo, que criminalizava o homossexualismo; a discussão em Portugal a respeito da coadocção por pessoas do mesmo sexo; o anunciado referendo a ser realizado na Irlanda em 2015 a respeito do

Esta questão, parece-nos, serve ao propósito de demonstrar o que atrás se afirmou sobre a importância e a atualidade do tema. Como se vê, o princípio da igualdade envolve direitos básicos de alguns indivíduos (dispensando, portanto, comentários quanto à sua relevância) e gera, incessantemente, controvérsias intensas no seio social.

Mas, para além dela, também podemos ilustrar o ponto de vista com base em relevantes julgamentos proferidos por Tribunais Constitucionais, pautados no princípio da igualdade⁴. Julgamentos que, de modo específico, analisam a questão que prende a atenção desta escritora (*esperamos que também a do leitor*) e deu origem ao presente estudo: as ações afirmativas.

No Brasil, dentre os julgamentos mais proeminentes proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2012, podemos apontar ao menos três precisamente sobre medidas afirmativas adotadas pelo Estado. O primeiro diz respeito à constitucionalidade da denominada Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), que instituiu regime diferenciado para os inquéritos policiais e ações penais concernentes à violência doméstica contra mulheres. A Corte Suprema considerou válida a distinção da forma de regência, sob o argumento de que há uma grave desigualdade a ser compensada, e sublinhou expressamente a importância da norma como ação afirmativa⁵.

Os outros dois se referem à validade da política de cotas no acesso às universidades públicas e do Programa Universidade para todos – PROUNI (Lei n° 11.096/2005), o qual estabelece bolsa em instituição privada de ensino superior para os alunos egressos da escola pública ou beneficiados com bolsa integral em escolas particulares. Os ministros entenderam que não ofendem o princípio da igualdade (i) a instituição de cotas para o ingresso nas universidades públicas, considerando critérios étnico-raciais e/ou socioeconômicos; e (ii) a utilização destes fatores para determinar os beneficiários do programa de bolsas⁶.

Nos Estados Unidos da América, a Suprema Corte analisou, também recentemente,

casamento homossexual, os protestos realizados em maio de 2013 na França após aprovação da legislação que permite o casamento, as decisões da Suprema Corte Norte-Americana (*United States x Windsor; e Hollingsworth Et Al. V. Perry Et Al.*) contra a DOMA, e a proposição n° 8 de emenda à Constituição da Califórnia, que definiam o casamento como aquele celebrado entre homem e mulher.

⁴ Alguns autores sustentam que, com a evolução do sentido da igualdade, houve uma verdadeira revitalização do princípio, ensejando um maior apelo a ele (GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. 1986, p. 19).

⁵ ADC 19/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, acórdão publicado no DJe-080, em 29.08.2014.

⁶ ADPF 186/DF (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, acórdão pendente de publicação até a presente data; v. Informativo STF n° 663) e ADI 3330 (Rel. Min. Ayres de Britto, acórdão publicado em 22.03.2013).

dois casos considerados de extrema relevância associados às ações afirmativas: *Fisher v. University of Texas*, em 2013; e *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action*, em 2014. Os julgamentos geraram temores a respeito do futuro das ações afirmativas no país, considerado incerto e sob grave ameaça⁷.

No primeiro, foi examinado o sistema admissional da Universidade do Texas, que expressamente apreciava características étnico-raciais⁸. O Tribunal do 5º Circuito o considerou válido. A Suprema Corte, contudo, entendeu que não houve aplicação do critério do “escrutínio estrito” estruturado no caso *Grutter v. Bolinger*⁹ e, por esta razão, reenviou o caso à corte inferior, para reanálise.

Deixou claro o absoluto rigor no julgamento da legitimidade de políticas de ação afirmativa, modificando determinadas diretrizes estabelecidas no precedente. Se em *Grutter* demonstrou certa deferência à afirmação da Universidade no sentido de que os critérios étnico-raciais eram essenciais para a diversidade, em *Fisher* a Suprema Corte revela a intolerância com justificativas genéricas ou desprovidas de robusta comprovação, exigindo demonstração efetiva de que alternativas neutras do ponto de vista racial não são viáveis¹⁰.

Já em *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action*, a Corte Suprema, em abril de 2014, endossou a emenda à Constituição do Estado de Michigan, de iniciativa popular e aprovada por meio de referendo, que proíbe naquela entidade federativa a adoção de ações afirmativas¹¹. No que foi considerado, pela doutrina estadunidense, mais um duro

⁷ Scott Greytak (*In KAHLENBERG*, Richard D. 2014, posições 1161-74) afirma que *Fisher v. University of Texas* constitui um projeto para desestabilizar as políticas de admissão baseadas em critério racial, sendo um passo deliberado e desmedido no caminho das medidas neutras do ponto de vista étnico-racial. Richard D. Kahlenberg (2014, posições 610-16) o percebe como uma revolução nas ações afirmativas no país, entendendo, no entanto, que as restrições impostas pela Suprema Corte não precisam significar o fim de tal política.

⁸ Abigail Fisher, branca e residente no Texas, se candidatou ao programa de graduação da Universidade do Texas. Como não se classificou entre os melhores alunos de sua escola (os melhores classificados de cada escola – 10% superior do total de alunos – são automaticamente admitidos na universidade), candidatou-se no programa regular de admissão, que considera critérios raciais. Acreditando ter sido injustamente prejudicada, processou a universidade, por violação à 14ª Emenda Constitucional. (GREYTAK, Scott. *In KAHLENBERG*, Richard D. 2014, posições 1253-1275)

⁹ Cf. nota de rodapé 545.

¹⁰ Para uma comparação objetiva entre os julgamentos da Suprema Corte Norte-Americana em *Grutter v. Bolinger* e *Fisher v. University of Texas*, v. tabela elaborada por Scott Greytak, em *The Future of Affirmative Action* (Kahlenberg, Richard. D.), 2014, Posição 1292.

¹¹ A questão será melhor analisada no item 4.4 da presente dissertação.

golpe nas já desdouradas discriminações positivas¹².

Como se percebe, o tema é relevante, atual e multifacetado. E, sobretudo, extremamente controverso. Não apenas em um determinado sistema jurídico, mas em inúmeros ao redor do mundo. Talvez em decorrência disto ou de afinidades pessoais – quem sabe da combinação de ambos –, consideramos o assunto extremamente intrigante. A nosso sentir, portanto, se encontra fundamentada a opção pelo tema.

Para o seu adequado enfrentamento, começamos por estudar o direito à igualdade. O que não constitui tarefa simples. São tantos e tão distintos os seus aspectos, que facilmente podemos nos perder em sua imensidão. Para evitar, assim, a navegação sem rumo, procuramos, no presente trabalho, estabelecer uma análise sistemática e lógica do tema, estudando a evolução da ideia de igualdade ao longo do tempo e buscando investigar o seu conteúdo.

Neste âmbito, dois importantes questionamentos se colocam¹³, aos quais, faticamente, todos buscam responder: (i) quais os critérios e limites de igualação/diferenciação?; e (ii) qual a densidade do controle jurisdicional? De fato, os dois constituem pontos nevrálgicos e, portanto, merecem mesmo que doutrina e jurisprudência sobre eles se debrucem, no intuito de desvendá-los.

Julgamos, porém, que, não obstante sejam questões imbricadas, o controle jurisdicional do direito à igualdade merece, por sua complexidade, um exame distinto e direcionado. Assim, passamos ao largo do tópico no presente trabalho, antes por contenção e manutenção do rumo, do que por ausência de interesse¹⁴.

Ressaltamos que não temos a pretensão de exaustão, tampouco a de solução

¹² Randall Kennedy (2013, pp. 15 e 76, posições 196-199 e 1115) afirma que o status das ações afirmativas permanece incerto, com antagonistas e defensores trocando vitórias e derrotas, mas acredita que as ações afirmativas estão entranhadas no seio social e, ainda que continuem sendo constantemente restringidas, são muito fortes para sucumbir. Robert A Parish (2013, posição 11), por sua vez, afirma que “as ações afirmativas estão próximas ao seu nadir”.

¹³ NOVAIS, Jorge Reis, 2004, p. 109.

¹⁴ As questões atinentes à análise judicial do princípio da igualdade são muitas e constituem campo fértil para a pesquisa. Se a averiguação do próprio conteúdo da igualdade já é tormentosa, a definição dos limites da apreciação deste pelo magistrado é ainda mais, sobretudo diante da ideia de que o juiz não pode sobrepor as suas razões à do legislador. Além disso, no campo da Jurisdição Constitucional, as questões atinentes ao princípio da igualdade são de difícil solução, causam grande inquietação e impulsionam, em certa medida, a criatividade no campo das decisões intermédias. A “exclusão do benefício incompatível com o princípio da igualdade” foi, por exemplo, o ponto de partida para que o Tribunal Alemão desenvolvesse a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (MENDES, Gilmar. Jurisdição Constitucional, 2005, p. 270-1). Também estão associadas à transgressão do princípio da igualdade as sentenças tidas por manipulativas aditivas, que se caracterizam pela alteração do conteúdo original da norma, sob o intuito de adequação à Constituição.

objetiva e apriorística de todos os problemas relacionados à matéria. Desde logo adiantamos que não encontramos qualquer fórmula mágica para definir o conteúdo do direito à igualdade, de maneira que, sem ar de inovação, nos juntamos às demais vozes que sustentam a imprescindibilidade de sua contextualização.

Isso, no entanto, não autoriza a conclusão de que a discussão a respeito do tema é bizantina, desprovida de interesse, valor ou aplicabilidade prática. Não obstante a igualdade possa estar ameaçada de extinção entre os ideais políticos¹⁵, acreditamos verdadeiramente que o direito à igualdade não constitui uma fórmula vazia, para utilizar a expressão de Maria da Glória Ferreira Pinto Dias¹⁶, bem como que a sua indefinição natural não diminui a sua importância, não retira o seu caráter jurídico ou desaconselha o seu estudo.

Trata-se, é verdade, de conceito patentemente abstrato e, como tal, sujeito a distorções, manipulações ou utilização genérica para proporcionar pseudoargumentos ou conferir carga emocional. Mas, como bem ressalta Luís Roberto Barroso, “qualquer ideia complexa, de fato, está sujeita ao abuso e à má-utilização: a democracia pode ser manipulada por populistas, o federalismo pode se degenerar em hegemonia do governo central e o controle judicial de constitucionalidade pode ser contaminado pela política ordinária”¹⁷. Seria, contudo, lamentável abandonar uma ideia relevante por dificuldade de definição e possibilidade de corrupção, sendo imperioso, ao revés, que assumamos a tarefa de tentar identificar uma concepção razoavelmente clara¹⁸.

Prosseguindo em nosso propósito, passamos a estudar especificamente as ações afirmativas, que são naturalmente associadas ao princípio da igualdade, seja como expressão legítima, exceção válida, ou transgressão inaceitável. Princípios com uma noção geral do tema, que inclui análise de suas dificuldades conceituais, pluralidade de nomenclatura, origens, formas de manifestação, espaços de atuação, difusão ao redor do mundo.

Buscamos, ainda, as bases teóricas para a sua justificação. E examinamos cada uma das três razões normalmente apresentadas para embasá-las: (i) reparação histórica ou

¹⁵ DWORKIN, Ronald. 2005, p. 09.

¹⁶ Princípio da igualdade: fórmula vazia ou fórmula <carregada> de sentido? Boletim do Ministério da Justiça, n° 358, julho 1986, pp. 19-64. Veja também: Véase Peter Westen, “The Empty Idea of Equality”, *In Harvard Law Review*, número. 95, 1982.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. 2013, p. 60.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. 2012, p. 212.

justiça compensatória; (ii) justiça distributiva; e (iii) promoção da diversidade. Da mesma forma, as objeções mais comumente levantadas foram especificamente analisadas.

Investigamos, também, alguns pontos considerados bastante controversos no âmbito das ações afirmativas. Os beneficiários tradicionais das medidas, assim como o problema dos critérios para a sua eleição e definição foram objeto de estudo. A suposta temporariedade como característica inerente às discriminações positivas foi questionada, tratando-se, ainda, do risco de que se tornem institucionalizadas. Por fim, pesquisamos rapidamente a questão dos direitos da maioria frente às ações afirmativas, em especial diante da reação verificada nos Estados Unidos da América de vedação à implementação de tais medidas, por iniciativa e voto populares.

Importante ressaltar que, no presente trabalho, buscamos tratar as ações afirmativas de modo genérico, desprovido de ligação específica com um dado contexto nacional. É bem verdade que acabamos nos influenciando bastante pela literatura e pelos modelos estadunidenses e brasileiros, de modo que não apenas corremos o risco de ter apresentado visão em alguma medida contaminada por tais padrões, como não raro os exemplos dados se relacionam a algum desses países. Mas, em nossa pesquisa, tentamos ampliar nosso espectro, para obter uma visão ampla, por inteiro, de tais políticas, sempre com intuito de aprimorar o debate.

Constatamos que as opiniões – contrárias ou a favor – das discriminações positivas, em geral, são associadas a ideias preconcebidas acerca de suas justificativas teóricas e efeitos práticos¹⁹. Poucos são os estudiosos que buscam verificar, na realidade fática, elementos que a reforcem ou desmereçam. Como ressalta Thomas Sowell, “presunções, crenças e análise racional dominam as controvérsias sobre esse assunto nos diversos países ao redor do mundo”²⁰.

Não por outra razão, os trabalhos empíricos a respeito do tema possuem alto relevo,

¹⁹ “Tanto os defensores quanto os críticos se baseiam, porém, apenas em dados superficiais para amparar suas grandes afirmações. Citam relatos publicados em jornais sobre incidentes isolados de cooperação inter-racial – ou sobre desarmonia racial – em universidades. Baseiam-se em relatos introspectivos ou casuais de negros bem-sucedidos que atribuem à ação afirmativa o fato de terem tido uma chance, ou a culpam por estigmatizá-los, insultá-los ou vulgarizá-los. A maioria deles apela a pressupostos tidos como de senso comum sobre como os brancos e os negros “devem” ou “podem” pensar ou reagir.” (DWORKIN, Ronald. 2005, p. 550)

²⁰ O autor enfatiza, ainda: “Muitos – senão a maioria – das pessoas que são a favor ou contra as ações afirmativas são a favor ou contra a teoria das ações afirmativas. A questão factual do que realmente acontece como resultado das políticas de ação afirmativa recebe atenção notavelmente ínfima. (SOWELL, Thomas. 2004, p. IX, tradução livre)

seja no sentido favorável ou desfavorável às ações afirmativas. Ronald Dworkin, por exemplo, enaltece a importância de *The Shape of the River*, estudo produzido por William G. Bowen e Derek Bok, ex-reitores das Universidades de Princeton e Harvard, que defendem o êxito do programa, com base em estatísticas colhidas ao longo de 30 anos nos Estados Unidos da América²¹. Em contrapartida, Steve Farron dedica dois capítulos inteiros de sua obra para desconstruir as certezas geradas pelo estudo, que tem sido o mais citado em defesa das ações afirmativas naquele país, sustentando que os dados analisados não permitem as conclusões inferidas²².

Já Richard H. Sander reconhece que tanto o *The Shape of the River* quanto o trabalho *The River Runs Through Law School* concederam valiosa evidência de que os beneficiários das ações afirmativas na maioria das universidades de elite tendem, em geral, a ir para os tipos de carreiras de sucesso perseguidas por seus colegas de classe. Mas acredita que isso constitui apenas uma pequenina parte do que é preciso saber para efetivamente avaliar as políticas de ações afirmativas como um todo²³. E afirma: “defendo as ações afirmativas em princípio, se elas puderem ser pragmaticamente justificadas”²⁴.

Não há dúvidas, portanto, de que a verificação das reais consequências da implementação das ações afirmativas ou, ainda, da ausência destas em determinada sociedade, é parte essencial do tema²⁵. A coleta de dados confiáveis ao longo do tempo é

²¹ DWORKIN, Ronald. 2005, pp. 546-568.

²² FARRON, Steven. 2014, capítulos 14 e 15.

²³ O que teria acontecido com as minorias beneficiárias se as preferências raciais não tivessem existido? Quanto as preferências influenciam ao que os estudantes se dedicam, o quanto eles aprendem, e que tipo de oportunidade e empregos eles possuem quando se formam? Sob quais circunstâncias as políticas de preferência tendem a ajudar ou prejudicar os que pretende beneficiar? E como elas se comportam a partir do inteiro espectro da educação, das instituições de elite até as escolas locais noturnas? Este são os tipos de questões que, para o autor, deveriam estar no centro do debate das ações afirmativas, mas que, incrivelmente, são raramente perguntadas e ainda mais raramente respondidas, mesmo que parcialmente. Constituem, admitidamente, perguntas difíceis de serem respondidas, em especial porque não é possível realizar o experimento ideal de refazer a história nas últimas décadas – sem as políticas de preferência – para observar as diferenças. (SANDER, Richard H. 2004, p. 368).

²⁴ Em conclusão, contudo, o autor assevera: “O que eu percebo e descubro neste artigo é um sistema de preferência racial que, em todos os setores, prejudica mais do que beneficia os seus beneficiários putativos.” (SANDER, Richard H. 2004, p. 371).

²⁵ Thomas Sowell (2004, p. 48) defende que, na qualidade de país pioneiro no estabelecimento de preferências e cotas para auxiliar os grupos desfavorecidos, a experiência da Índia é particularmente importante no âmbito das ações afirmativas. As consequências atuais – que diferem de meras justificativas ou esperanças – permitem um prenúncio do que ocorrerá em outros países, a partir de políticas semelhantes. E os registros indianos são particularmente claros em razão da reflexão nas estatísticas da divisão entre castas e sub-castas, que possibilita uma visão melhor dos efeitos em cada uma. E afirma que é difícil negar que as discriminações positivas na Índia produziram efeito mínimo para aqueles que mais necessitam e máximos ressentimento e hostilidade em relação a eles por parte dos demais membros da sociedade. Os benefícios

árdua, a interpretação de eventuais estatísticas penosa e o risco de manipulação elevado, mas, parece-nos, o desafio deve ser aceito pelos estudiosos, para permitir o enriquecimento da discussão e a análise das melhores opções para as diferentes sociedades.

Precisamos destacar, no entanto, que, na contramão do que dissemos nos parágrafos anteriores, o presente trabalho é eminentemente teórico. Por mais que, ao longo de sua elaboração, tenhamos percebido a carência quanto a dados empíricos e a sua essencialidade, não nos foi possível colher informações que evidenciem o resultado prático de eventuais medidas (ou da falta delas), além das já retratadas em trabalhos publicados. Trata-se, efetivamente, de uma limitação do trabalho, que, porém, não os desmerece. A importância do estudo empírico não retira a relevância da reflexão teórica acerca do tema.

E, por fim, vale mencionar que, mais uma vez, também no âmbito específico das discriminações positivas, não nos aprofundamos no controle que o Poder Judiciário pode ou deve fazer. Isso não significa que simplesmente ignoremos as decisões judiciais a seu respeito. Ao revés, sempre que possível mencionamos julgamentos relevantes, seja para ilustrar posicionamentos, seja simplesmente para levar ao conhecimento do leitor a existência de pronunciamento em hipóteses práticas. Não pretendemos, no entanto, – e é isso o que se pretende esclarecer – adentrar na análise meritória destes. Para tanto, seriam necessários pesquisas, estudos e debates que não caberiam no tamanho do presente trabalho.

acabaram não sendo direcionados para os indivíduos ou subgrupos que efetivamente necessitam, mas por membros mais afortunados.

A análise da experiência de outros países é, de fato, absolutamente importante. Parece-nos, todavia, que os resultados colhidos em determinado contexto social não prescindem de rigorosa adequação para a realidade social vivida no local de onde se observa. Tanto para o bem quanto para o mal. O sucesso de determinada política em específico contexto não significa garantia de sucesso na sociedade para onde se pretende exportar o modelo. De outro lado e do mesmo modo, o fracasso não sela o destino da política em todos os contextos. É importante examinar os erros e acertos, sem, contudo, perder o senso crítico para adaptação.

1. LINHAS GERAIS DA IGUALDADE. CARACTERIZAÇÃO E EVOLUÇÃO.

1.1 – A Igualdade Como Princípio, Regra e Valor

É consenso que a igualdade constitui um princípio²⁶. É, em verdade, um dos princípios estruturantes dos direitos fundamentais²⁷⁻²⁸, sendo cláusula invariavelmente reproduzida nos textos constitucionais após as revoluções liberais, em especial após a II Guerra Mundial, e estampada na Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁹.

A igualdade é, ainda, regra³⁰, constantemente estabelecida nos ordenamentos jurídicos, de modo a impor comandos específicos para situações jurídicas determinadas. Com efeito, em cada ordenamento jurídico é possível observar prescrições objetivas, que, ao expressar diretamente um preceito, uma proibição ou uma permissão, concretizam o princípio da igualdade.

Pode, ainda, ser os dois. Como observa Robert Alexy³¹, as normas de direito fundamental podem possuir caráter duplo, ou seja, podem reunir as características de princípio e de regra. Precisamente isso ocorre quando o que é estatuído diretamente por

²⁶ Cumpre ressaltar que, apesar de a igualdade ter sido desde a origem do constitucionalismo moderno (a partir de meados do século XVIII) reconhecida como um princípio, ao longo do tempo o próprio significado de “princípio” e o seu papel no Direito se modificaram. Se antes eram vistos como fonte subsidiária do Direito, servível somente nas hipóteses de lacuna jurídica, passaram, posteriormente, a desfrutar do *status* de norma jurídica e a ocupar papel central no sistema jurídico. A admissão de que as normas jurídicas, como gênero, comportam as regras e os princípios como duas grandes e distintas espécies é uma das características marcantes do pensamento jurídico na atualidade. No ponto, destacam-se as contribuições de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

²⁷ CANOTILHO, JJ Gomes, 2003, p. 426; CANOTILHO, JJ Gomes e VITAL, Moreira. 2007, p. 337; NOVAIS, Jorge Reis, 2004, p. 101; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 2003, p. 72.

²⁸ Princípios estruturantes, na definição de Canotilho (2003, p. 1173), são os “constitutivos e indicativos das ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional”, as “traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político”.

²⁹ Preâmbulo e artigo I da declaração, aprovada em 1948 na Assembleia Geral das Nações Unidas.

³⁰ Sobre a distinção entre princípios e regras, Humberto Ávila (2011, p. 316): “Trata-se, como se pode ver, de uma distinção forte: os princípios e as regras não têm as mesmas propriedades, mas qualidades diferentes; enquanto as regras instituem deveres definitivos (deveres que não podem ser superados por razões contrárias) e são aplicadas por meio da subsunção (exame de correspondência entre o conceito normativo e o conceito do material fático), os princípios estabelecem deveres provisórios (deveres que podem ser superados por razões contrárias) e são aplicados mediante ponderação (sopesamento concreto entre razões colidentes com atribuição de peso maior a uma delas); enquanto o conflito entre regras é abstrato (abstratamente concebível já no plano abstrato), necessário (é inevitável caso não seja aberta uma exceção) e situado no plano da validade (o conflito resolve-se com a decretação de invalidade de uma das normas regras envolvidas), a antinomia entre princípios é concreta (só ocorre diante de determinadas circunstâncias concretas), contingente (pode ou não ocorrer) e situada no plano da eficácia (ambos os princípios mantêm a validade após o conflito).”

³¹ ALEXY, Robert. 1993, p. 136-8.

disposições jusfundamentais é completado por normas suscetíveis de subsunção, com o auxílio de cláusulas que fazem referência à ponderação.

Para além disso, alguns autores têm ressaltado que a igualdade é, sobretudo, um valor³². Um “valor supremo definidor da essência do sistema estabelecido”³³. Nesta esteira, defende-se, inclusive, ser possível compor uma teoria política unitária e maior quando se percebe que a ideia de igualdade é o valor supremo e fundamental comum a todas as teorias políticas modernas, desde o utilitarismo, ao comunitarismo, ou desde o neocontratualismo ao liberalismo ou ao feminismo³⁴.

1.2 – Os primórdios do princípio da igualdade

Constante da Declaração de Virgínia (1776) e da Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776)³⁵, o princípio da igualdade foi expressado – e marcado historicamente – na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), sendo reproduzido praticamente em todos os textos constitucionais após a Revolução Francesa³⁶.

Com efeito, a partir do constitucionalismo moderno o ideal se sedimentou e se tornaram correntes as declarações de igualdade entre os homens. Não por outra razão, é comum, tal qual ocorre de um modo geral com os direitos humanos³⁷, a separação rígida entre duas épocas: anterior aos documentos mencionados acima e posterior a eles, quando o princípio da igualdade se converteu em dogma jurídico-político dos Estados Modernos.

³² É bem verdade que princípios e valores estão estreitamente vinculados, sendo correto afirmar que ponderação, colisão e cumprimento gradual de princípios possuem, em equivalente, ponderação, colisão e cumprimento gradual de valores. Os dois conceitos, porém, não se confundem. A diferença reside, em especial, no fato de os primeiros se situarem no âmbito deontológico (do dever ser), ao passo que os últimos no axiológico (do bom) (ALEXY, Robert. 1993, p. 136-8.)³². Assim, o que no modelo dos valores é considerado como “melhor”, é, no dos princípios, devido. Não por outra razão, os princípios são, na visão de Luís Roberto Barroso, “a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico” (BARROSO, Luís Roberto, 2009, p. 203). Deste modo, parece válido o realce da igualdade como valor, não obstante as críticas que possam ser feitas.

³³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, 1996, p. 289. E complementa a autora, em lição de caráter geral, embora se refira à Constituição brasileira de 1988: “O princípio da igualdade resplandece sobre quase todos os outros acolhidos como pilstras do edifício normativo fundamental alicerçado. É guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República).”

³⁴ MIGUEL, Alfonso Ruiz. 2003, p. 31.

³⁵ Apesar de constar na Declaração de Independência dos Estados Unidos, o direito à igualdade somente foi incluído na Constituição Americana em 1868, por meio da Emenda 14.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. 2009, p. 2; AMARAL, Maria Lúcia, 2004, p. 38; GARCIA, Maria da Gloria Ferreira Pinto Dias, pp. 20-1.

³⁷ CANOTILHO, JJ Gomes. 2003, p. 380.

Independentemente da roupagem e da importância hodiernamente atribuída, a verdade é que a consagração da igualdade nos mais diversos ordenamentos jurídicos não foi capaz de obstar a evidentes manifestações de desigualdade, tais como a escravidão e o sufrágio censitário e masculino³⁸.

Simple declarações são insuficientes a inibir a materialização das condutas proibidas ou indesejadas (se assim fosse não vivenciaríamos nenhum crime na sociedade atual). Esta é uma justificativa plausível. Porém não a única. Ao longo destes últimos séculos a própria noção de igualdade evoluiu – assunto a que voltaremos no tópico a seguir – de modo que o que se entendia antes por igualdade podia, ao tempo, não impedir práticas hoje vistas como nefastas.

Mas se é verdade que a sua proliferação em documentos legais não é bastante para garantir a sua efetividade, ao menos possui o mérito de disseminar, na sociedade moderna, a concepção básica de que, no mínimo em tese, todos os homens são naturalmente iguais³⁹. Basta um olhar rápido na História, para verificar que nem sempre foi assim.

A presunção de uma igualdade natural dos homens constitui novidade da filosofia racionalista e individualista dos séculos XVII e XVIII⁴⁰. Ainda que se encontre referência à igualdade em tempos anteriores, a compreensão que se fazia desta era distinta.

Não é possível, então, entender a igualdade no contexto grego do mesmo modo que no desenho das liberdades fundamentais. Naquele, a sociedade era fundamentalmente hierárquica e pautada pelo holismo, sendo o indivíduo concebido como uma parte ínsita a uma totalidade indecomponível⁴¹. O pensamento de Aristóteles bem reflete o que se acaba de afirmar: “na ordem natural, a cidade tem precedência sobre a família e sobre cada um de nós individualmente, pois o todo deve necessariamente ter precedência sobre as partes.”⁴²

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. 1986, 2011, p. 2.; ROCHA, Carmem Lúcia, 1996, p. 288.

³⁹ “A igualdade formal é baseada na premissa de que os indivíduos devem ser tratados como indivíduos, com base no seu mérito próprio, ao invés de atributos baseados em características irrelevantes, como raça, cor, sexo, casta ou outros *status* análogos. Geralmente, é resumida pela fórmula aristotélica de que iguais devem ser tratados igualmente. Em contextos legais, ela encontra expressão no princípio da discriminação direta ou igualdade de tratamento, o qual torna ilegal tratar uma pessoa menos favoravelmente em razão de seu sexo, sua raça ou qualquer outro *status* do que uma pessoa de sexo diferente, raça ou qualquer outro *status*. Suas conquistas não devem ser subestimadas. Levou-se muitos anos de luta política para atingir o ponto de reconhecimento que gênero e raça são critérios irrelevantes para alcançar os principais direitos políticos e civis. Pensadores políticos, a partir de Aristóteles, consideravam gênero como um critério relevante para o acesso aos direitos de cidadania, atribuindo somente aos homens a racionalidade necessária para qualificar-se como sujeito de direitos.” (FREDMAN, Sandra. 2013, p. 447)

⁴⁰ TABORDA, Maren Guimarães, 1998, p. 250.

⁴¹ HAARSCHER, Guy. 1993, p. 62-3.

⁴² ARISTÓTELES, A política, p. 1253a.

A igualdade, quando existente, decorria tão-somente de alguma utilidade para a coletividade, como um instrumento para a conservação da ordem, não constituindo, em si própria, um princípio. As desigualdades eram consideradas naturais⁴³ e fundamentavam e mantinham a hierarquia indispensável ao bom funcionamento da Cidade⁴⁴.

Na sociedade romana pessoas diferentes possuíam valores distintos, sendo certo que o sistema legal romano admitia ou criava uma série de desigualdades⁴⁵. Não é possível encontrar na civilização romana um precedente do princípio da igualdade tal como entendido na modernidade⁴⁶.

O que acima se expôs não significa, segundo Gomes Canotilho, que a antiguidade clássica tenha restado totalmente no escuro quanto ao tema. O pensamento sofístico, considerando a natureza biológica comum dos homens, se aproximou da igualdade natural e da ideia de humanidade; no estoicismo o cosmopolitismo constitui uma representação da igualdade, na medida em que todos são considerados cidadãos do mundo e, portanto, não mais restritos ao espaço da *polis*⁴⁷. Como bem conclui o autor, entretanto, “a ideia de igualdade dos homens, assente numa dimensão individual e cosmológica, não conseguiu ultrapassar o plano filosófico e converter-se em categoria jurídica e, muito menos, em medida natural da comunidade social.”⁴⁸

Após a queda do Império Romano, deu-se início à Idade Média, período do feudalismo, em que as relações se estabeleciam entre vassalos e suseranos e no qual o poder político era atomizado. A sociedade era estamental, composta de três diferentes camadas sociais – clero, nobreza e povo – e profundamente marcada pela desigualdade. Foi propriamente a rejeição dos privilégios de nascimento e “status” inerentes às

⁴³ É o que se pode observar no seguinte trecho de “A República”: “De conformidade com o que dizemos, é num ser vivo que se pode discernir a natureza do comando do senhor e do estadista: a alma domina o corpo com a prepotência de um senhor, e a inteligência domina os desejos com a autoridade de um estadista ou rei; estes exemplos evidenciam que para o corpo é natural e conveniente ser governado pela alma, e para a parte emocional ser governada pela inteligência – a parte dotada de razão, enquanto para as duas partes estar em igualdade ou em posições contrárias é nocivo em todos os casos.

As mesmas considerações se aplicam aos animais em relação ao homem: a natureza dos animais domésticos é superior à dos animais selvagens, e portanto para todos os primeiros é melhor ser dominados pelo homem, pois esta condição lhes dá segurança. Entre os sexos também, o macho é por natureza superior e a fêmea inferior; aquele domina e esta é dominada; o mesmo princípio se aplica necessariamente a todo o gênero humano” (Aristóteles, A política, p. 1254b)

⁴⁴ HAARSCHER, Guy. 1993, pp. 70.

⁴⁵ RIGGSBY, Andrew M. 2010, p. 77.

⁴⁶ YARZA, Fernando Simón. 2013, p. 75.

⁴⁷ CANOTILHO, J.J. GOMES. 2003, p. 381.

⁴⁸ Ibidem, p. 381.

sociedades hierárquicas feudais que desencadeou a luta pela igualdade tal como estabelecida nos sistemas constitucionais⁴⁹.

A igualdade natural de todos os homens pode ser encontrada no cristianismo, que defende o igualitarismo e dissemina o ensinamento de que todos os homens são filhos de um mesmo Deus. Não por outra razão, a fórmula “todos são iguais diante da lei” é tida como expressão secular do princípio religioso de que todos os homens são iguais diante de Deus⁵⁰.

Mas, não obstante o importante contributo, o fato é que há o predomínio da fé e não da razão. O igualitarismo decorre não da natureza dos homens ou da relevância do indivíduo, mas da vontade divina. E as leis divinas, responsáveis por sua promoção, são reveladas por meio de representantes do reino de Deus no mundo, homens falíveis que podem ser tão injustos quanto qualquer outro não eclesiástico⁵¹.

A liberdade religiosa e a secularização do direito natural, verificadas no Estado moderno, vêm acompanhadas da tentativa, por parte dos teóricos do direito natural racionalista, de justificar o Estado e a legislação do domínio. E aqui possuem grande importância as teorias contratualistas, em que se destacam Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau.

O primeiro, em “Leviatã”, desenvolveu uma teoria contrária à ideologia de direito divino dos reis, embora com intuito de justificar a soberania destes. Para tanto, descreveu o que seria o “estado de natureza”, caracterizado pela completa ausência de governo, e partiu de premissas “radicalmente modernas”, no sentido da igualdade de todos⁵². Hobbes entende que todos os homens foram feitos iguais⁵³, mas no estado de natureza viveriam em estado permanente de guerra – uma guerra de todos contra todos. Para se defender e garantir a segurança contra eventuais agressões dos mais fortes, transferem a liberdade de

⁴⁹ ROSENFELD, Michel. 2003, p. 73.

⁵⁰ YARZA, Fernando Simón. 2013, p. 76.

⁵¹ HAARSCHER, Guy. 1993, p. 80.

⁵² Ibidem, p. 91.

⁵³ É o que se pode observar no Capítulo XIII da obra *Leviatã*, cujo título é “Da condição natural da humanidade relativamente à sua felicidade e miséria”. Leia-se o seguinte trecho: “A natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito que, embora por vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isto em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício a que outro não possa também aspirar, tal como ele”.

se autogovernar para o Estado⁵⁴.

John Locke também acredita que no estado de natureza existe a igualdade entre os homens, embora não compartilhe a visão hobbesiana de *homo homini lupus* e entenda que o estado de natureza não se confunde com o de guerra, embora este possa existir⁵⁵. O filósofo descreve um estado de perfeita liberdade, em que todos os homens são livres para ordenar suas ações e dispor de seus bens pessoais, de acordo com suas convicções, sem necessitar da autorização do outro. E de perfeita igualdade, pois todas as criaturas da mesma espécie e classificação, nascidas para as mesmas vantagens e uso das mesmas faculdades da natureza, devem ser iguais umas às outras, sem qualquer subordinação ou sujeição⁵⁶.

Mas no século XVIII, pode-se dizer que o filósofo da igualdade por excelência foi Jean-Jacques Rousseau. Em seu “discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens”, o filósofo concebe duas formas de desigualdade. Uma natural, cuja fonte se confunde mesmo com a definição da palavra, expressa nas diferenças físicas próprias da natureza, tais como as distinções corporais, de força, de saúde, de atributos intelectuais, de personalidade etc. E outra a que chama de moral ou política, que decorre de convenções sociais e que dá origem a privilégios para uns em detrimento de outros, como a riqueza, o poder⁵⁷.

⁵⁴ O pensamento do filósofo resta bastante evidente nas seguintes passagens do Capítulo XVII, em que discursa sobre as causas, geração e definição de um Estado: “O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária (conforme se mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento de seus pactos e ao respeito àquelas leis de natureza que foram expostas nos capítulos décimo quarto e décimo quinto. Porque as leis de natureza (como a justiça, a equidade, a modéstia, a piedade, ou, em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam) por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias a nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. E os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar qualquer segurança a ninguém. Portanto, apesar das leis de natureza (que cada um respeita quando tem vontade de respeitá-las e quando pode fazê-lo com segurança), se não for instituído um poder suficientemente grande para nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros.” (...)

A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade.

⁵⁵ LOCKE, John. 1980, p. 09 (seção 19).

⁵⁶ Ibidem, pp. 04-5.

⁵⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1990, p. 23.

Dedicando-se a esclarecer a origem da desigualdade, Jean-Jacques Rousseau afirma que esta é pouco sensível no estado de natureza, sendo sua influência quase nula, pois nele praticamente não há relações entre os homens. A desigualdade teria surgido após o começo do convívio social e o estabelecimento de relações. Mas não em seu princípio, quando os homens se dedicavam a obras que um só poderia fazer, sem necessidade do concurso de várias mãos (enquanto possuíam cabanas rústicas e se restringiram a adornar arcos e flechas, cozer o seu vestuário com espinha de peixe, colorir o corpo). Somente quando houve necessidade de concurso do outro, quando se percebeu que “era útil a um só ter provisões para dois”, a igualdade teria desaparecido. A propriedade teria sido introduzida, o trabalho se tornado necessário e as florestas se transformado em campos, fazendo germinar e crescer a desigualdade⁵⁸.

E conclui que a desigualdade moral, autorizada somente pelo direito positivo, é contrária ao direito natural toda vez que não guarda proporção com a desigualdade física, uma vez que “é manifestamente contra a lei da natureza, qualquer que seja a maneira como se define, que uma criança mande num velho, que um imbecil governe um sábio e que um grupo de pessoas esteja a abarrotar de coisas supérfluas, enquanto a multidão esfomeada se vê privada do necessário”⁵⁹.

Esta ideia de igualdade permeou os movimentos revolucionários do século XVIII⁶⁰, na expressão sincera do pensamento de Rudolph Von Ihering, no sentido de que os direitos nascem, em geral, de conflitos⁶¹. A igualdade integrava o próprio lema da revolução francesa – “liberdade, igualdade e fraternidade” – e foi inserida logo no primeiro artigo na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “os homens nascem e são livres e iguais em direitos”⁶². No contexto americano, a igualdade também é advertida já no artigo primeiro da Declaração de Virgínia⁶³.

⁵⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1990, pp. 60-3, 82-3.

⁵⁹ Ibidem, p 83.

⁶⁰ Amartya Sen (2009, p. 391) ressalta que “não é só no século XVIII europeu e americano que podemos encontrar a igualdade na dianteira das exigências revolucionárias, também no mundo pós-iluminista se veio a gerar um extraordinário consenso em torno da sua importância”, de tal modo que todas as teorias normativas de justiça social, por mais diferentes que sejam, possuem uma característica em comum: querem a igualdade *de uma qualquer coisa* (elegida como relevante).

⁶¹ IHERING, Rudolph Von. A luta pelo direito. 1872.

⁶² “Artigo primeiro. Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais não podem ser fundadas em algo que não seja o bem geral”. Tradução livre do texto disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>>, acesso em 14.07.2013.

⁶³ Seção 1. Que todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em um estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou

O contexto histórico assinala, portanto, o sentido do moderno princípio da igualdade, traduzido, como já dito, em quase todas as cartas constitucionais pós-revolucionárias. Mas, se o princípio nasceu emaranhado aos ideais de liberdade, ao longo do tempo foi adquirindo novas dimensões. É o que se passa a demonstrar mais detidamente no tópico seguinte.

1.3 – A evolução do princípio da igualdade no constitucionalismo

Como visto acima, as raízes do princípio da igualdade estão associadas aos movimentos liberais, à ideia de ruptura com o *ancien régime* e de abolição dos privilégios injustificáveis atribuídos a certas classes de cidadãos, nomeadamente à nobreza e ao clero. Infere-se, assim, que “a noção do princípio isonômico tem matriz individualista, sem maior cunho social, alheio a questões como a da distribuição da riqueza ou qualquer outro componente de igualdade material.”⁶⁴

Não obstante, como tudo, a igualdade também se desenvolveu pela evolução. Sua formulação básica permanece praticamente a mesma. Mas, se as palavras não se alteraram, houve uma transformação substancial do seu significado⁶⁵.

Isso não quer dizer que tenha ocorrido a ablação completa de sua ideia inicial ou a reconstrução do princípio mediante substituição integral de seu teor por outro. A evolução da igualdade deve ser concebida “em camadas”⁶⁶, já que parte do seu conteúdo atual continua a ser aquele desenhado pelo iluminismo, inspirador das primeiras declarações de direito⁶⁷. À concepção inicial, porém, foram sendo acrescentadas outras dimensões, paulatinamente, ao longo do tempo.

Se antes o princípio da igualdade se subsumia ao da legalidade, já que as próprias características de abstração e generalidade da lei refletiam o caráter de universalidade que o resumia, posteriormente cunhou-se uma outra faceta essencial, de modo a compreendê-lo como diferença fundamentada ou razoável. Ao longo da sua história evolutiva, portanto, a

despojar sua posteridade; ou seja, o gozo da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança. Tradução livre do texto disponível em: http://www.archives.gov/exhibits/charters/virginia_declaration_of_rights.html. Acesso em 14.07.2013.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. 1986, 2011, p. 2.

⁶⁵ AMARAL, Maria Lúcia, 2004, p. 38; NOVAIS, Jorge Reis, p. 101.

⁶⁶ AMARAL, Maria Lúcia, 2004, p. 38.

⁶⁷ NOVAIS, Jorge Reis, 2004, p. 103.

igualdade deixou de se reduzir à indiferenciação jurídica entre as pessoas, para absorver novas noções⁶⁸.

Examinando o processo evolutivo do princípio da igualdade, Maria da Glória Ferreira Pinto Garcia identifica três fases⁶⁹. Na primeira, o princípio da igualdade é visto como simples prevalência da lei. Opera-se como tratamento legal em termos igualmente absolutos, independentemente do conteúdo normativo. A garantia da igualdade, em verdade, decorre da própria generalidade e abstração da norma jurídica e, ainda, da sua aplicação uniforme, indistinta a todos. Nesta fase jovem, o princípio não se dirige diretamente ao Poder Legislativo, sendo justificável tal característica na medida em que a preocupação do iluminismo não se dirige a este Poder, mas sim aos abusos do Executivo (chancelados pelo Judiciário, que consistia em um Poder nas mãos do monarca).

Na segunda, o princípio passou a ser percebido como proibição do arbítrio. Compreendeu-se que a igualdade absoluta da lei, apesar de conter os privilégios de classes, criava outros não menos odiosos, de modo que as particularidades dos indivíduos mereciam tratamentos distintos, sob pena de se causar profundas diferenças sociais. O princípio da igualdade passa, então, a ser entendido como exigência de critérios pautados na razoabilidade e eficiência em relação ao tratamento jurídico pretendido, afastando-se a arbitrariedade.

Embora a segunda fase já traga em seu bojo a ideia de justiça, esta não é explorada de modo completo. Existe, é certo, a vedação da injustiça, proibição do arbítrio, mas isso não significa que haja necessariamente uma promoção da justiça. E este é o traço distintivo do terceiro estágio evolutivo, marcado por uma intencionalidade material, no sentido da justiça. A igualdade deixa de ser o ponto de partida e passa a representar o resultado que se pretende alcançar. Adquire, portanto uma “intenção normativa, correctora das tendências abusivas da liberdade de cada um”⁷⁰, seguindo a ideia de que é preciso discriminar para igualar.

De uma forma um pouco distinta, Fábio Konder Comparato⁷¹ ressalta que, na primeira etapa, “a igualdade foi afirmada como pressuposto lógico-jurídico de todo o

⁶⁸ De acordo com Maria Lúcia Amaral (2004, p. 39) a concepção da igualdade como diferença fundamentada ou razoável é um fenômeno relativamente novo, que possui bases no início do século XX, com a interpretação da Constituição de Weimar.

⁶⁹ GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. 1986, p. 25.

⁷⁰ GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. 1986, p. 54.

⁷¹ COMPARATO, Fábio Konder, 1993, p. 70.

sistema constitucional”. Na segunda, observando-se as profundas desigualdades sociais “criou-se o dever constitucional de eliminá-las”. E na terceira, “rejeitando-se uma igualização forçada entre diferentes nações ou grupos sociais, afirmou-se o direito de cada qual deles manter a individualidade de sua própria conformação cultural”.

Seja como for, fica fácil observar a passagem de um sentido negativo de igualdade, de simples combate aos privilégios tidos por injustificados, para um positivo, verdadeiramente mais complexo, que conjuga uniformidade de tratamento com consideração e preservação das diferenças individuais, e, ainda, que tem em conta a perspectiva das situações não apenas como “elas são”, mas como “deveriam ser”⁷².

O entendimento de que a igualdade não é uma condição naturalmente dada faz surgir a noção de que, para a sua consolidação, a simples abstenção estatal na prática da discriminação não é suficiente, sendo indispensável uma atuação positiva estatal, patrocinando-a por meio de políticas públicas próprias para tal fim⁷³. Maria Lúcia Amaral atenta, ainda, para um patente processo de subjetivação da igualdade, assim visto em decorrência da “crescente vinculação ao modo de exercício das liberdades individuais”⁷⁴.

Em decorrência da já citada evolução “em camadas”, as fases aqui tratadas podem ser vistas como as dimensões do princípio da igualdade (igualdade formal, material e de reconhecimento)⁷⁵⁻⁷⁶⁻⁷⁷, normalmente apontadas e exploradas pela doutrina, embora sob

⁷² MIRANDA, Jorge, 2012, pp. 280, 282.

⁷³ CENCI, Ana Righi. 2010, p. 372.

⁷⁴ AMARAL, Maria Lúcia. 2004, p. 40.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. In “Cotas raciais são legítimas com parâmetros razoáveis”, 2012.

⁷⁶ “Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção de igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça sob o aspecto de reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios). (PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: Desafios e Perspectivas. 2008, p 139)

⁷⁷ Sandra Fredman separa a igualdade somente em formal e material, mas apresenta uma concepção tetradimensional desta última, que inclui o reconhecimento: “O conteúdo específico da igualdade material permanece controvertido. Há uma tentação de reduzir a igualdade a uma única dimensão, como a dignidade, ou a desvantagem socioeconômica. Argumenta-se, em vez disso, que a igualdade substantiva tem quatro diferentes dimensões. Primeiro, é um princípio assimétrico. Mais do que o indivíduo abstrato da igualdade formal, a igualdade material concentra-se na desvantagem. Destina-se, portanto, a quebrar o ciclo de desvantagens associadas ao *status* ou aos fora dos grupos. Esta é a dimensão redistributiva. Em segundo lugar, a igualdade substancial promove o respeito pela igual dignidade e pelo valor de todos, corrigindo, assim, o estigma, os estereótipos, a humilhação e a violência por causa da adesão de um de fora do grupo. O assédio sexual, o abuso racista, a humilhação dos velhos e a perseguição homofóbica nas escolas são exemplos de situações em que a reivindicação principal é baseada na dignidade. Em terceiro lugar, ela não exige a concordância como um preço da igualdade. Em vez disso, ela implica em um compromisso, uma afirmação positiva e de celebração da identidade dentro da comunidade. A segunda e a terceira são as

diferentes nomenclaturas ou, ainda, enfoques distintos (igualdade perante a lei e igualdade na lei⁷⁸; igualdade jurídica e igualdade social; igualdade como universalidade e igualdade como diferença; dimensão liberal, democrática e social⁷⁹; direito ao tratamento igual e direito a ser tratado como igual⁸⁰).

dimensões do reconhecimento. Por fim, os fora dos grupos são sub-representados na tomada de decisões em todos os níveis. Muitos também são socialmente excluídos. A igualdade material deve, portanto, facilitar a plena participação na sociedade.” (FREDMAN, Sandra. 2013, p. 449)

⁷⁸ TABORDA, Maren Guimarães. 1998, p. 260.

⁷⁹ VITAL, Moreira e CANOTILHO, J.J. Gomes, 2007, p. 336-7.

⁸⁰ AMARAL, Maria Lúcia, 2004, p. 38; ROSENFELD, Michael, 1985, p. 7.

2. O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

2.1 – A análise comparativa como pressuposto da igualdade

A igualdade constitucional deveria responder, em tese, a todas as identidades e diferenças relevantes naquela determinada ordem institucionalizada. Mas em qualquer sociedade pluralista, em que convivem distintas noções do bem, o consenso sobre a importância de todas as identidades e diferenças imagináveis é inatingível⁸¹. A dificuldade em se precisar o sentido da igualdade é inegável. Justamente por isso, Michel Rosenfeld afirma que, apesar de ser pedra angular do constitucionalismo moderno, a igualdade constitucional é singularmente evasiva.⁸²

Podemos nos remeter para a fórmula repetida, de bases aristotélicas, no sentido de que se deve tratar de forma igual os iguais e de modo desigual os desiguais, na medida de sua desigualdade⁸³. Mas, não obstante o valor da proposição, o fato é que, em termos de conteúdo, continuamos a andar no escuro⁸⁴. Afinal, como definir o que deve ser considerado igual e o que deve ser tido por desigual, bem como em que termos exatos deve se dar a distinção de tratamento?

Em primeiro lugar, podemos observar que a igualdade completa, ou seja, a correspondência em todos os aspectos, é muito difícil, senão impossível⁸⁵. Se analisarmos pormenorizadamente, é incomum que dois objetos ou situações coincidam ponto por ponto, havendo mesmo quem considere que não existem dois seres idênticos, com as mesmas propriedades⁸⁶. Quando consideramos o convívio em sociedade, então, esta igualdade absoluta revela-se ainda mais distante⁸⁷.

⁸¹ ROSENFELD, Michel. 2003. p. 71

⁸² ROSENFELD, Michel. 2003, p. 70.

⁸³ No Brasil, ganhou fama o discurso de Rui Barbosa nesse sentido: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeirar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”. (BARBOSA, Rui. 1999, p. 26)

⁸⁴ Bem expressou Luís Roberto Barroso ao escrever: “a beleza filosófica de tal asserto não contribui, todavia, para desvendar o cerne da questão: saber quem são os iguais e os desiguais e definir em que circunstâncias é constitucionalmente legítimo o tratamento desigual”. (2002, p. 159). No mesmo sentido: NOVAIS, Jorge Reis. 2004, p. 109; MELLO, Celso Antônio Bandeira, pp. 10-1.

⁸⁵ “Não há, no universo, duas coisas iguais. Muitas se parecem umas às outras. Mas todas entre si diversificam”. (BARBOSA, Rui. 1997, p. 26)

⁸⁶ PERELMAN, Chaim. 2002, p. 148, mencionando o princípio da identidade dos indiscerníveis de Leibniz.

⁸⁷ Diferentes grupos entram em conflito pela igualdade, cada um sustentando um critério distinto como aquele que deve ser considerado, de modo a justificar o tratamento uniforme ou requerer a intervenção

A igualdade seria simples e a justiça se resumiria à distribuição igualitária em um universo no qual todos os bens fossem idênticos e pudessem ser repartidos em frações simétricas entre os indivíduos, cujas características e necessidades também fossem idênticas, de modo que permanecessem em perfeita igualdade em todos os aspectos após a distribuição. Mas, em qualquer outro universo com características distintas, a igualdade inteiramente absoluta torna-se impossível, sendo imperiosa a escolha de pontos relevantes em relação aos quais os sujeitos devem ser tratados de forma igual⁸⁸.

Daí porque é possível afirmar que a igualdade primordial para o Direito é a relativa⁸⁹. E, se isto é verdade, necessariamente devem ser eleitos critérios a partir dos quais os objetos ou situações devem ser comparados⁹⁰⁻⁹¹, para que se possa concluir se são iguais ou não. E é precisamente na definição de tais características que o problema reside⁹².

Uma demonstração elementar pode ser conveniente. Suponhamos que existem, no universo, somente 4 sujeitos: $A_1^{\square} - A_2 - B_1 - B_2^{\square}$. Se considerarmos que o fator preponderante para a igualdade deve ser a letra, então devemos concluir que $A_1^{\square} = A_2$ e que $B_1 = B_2^{\square}$. Já se entendermos que importante é o número, reconheceremos que $A_1^{\square} = B_1$ e que $A_2 = B_2^{\square}$. De outro lado, se compreendermos o fato de ter ou não uma estrela como elemento distintivo, em consequência teremos $A_1^{\square} = B_2^{\square}$ e $B_1 = A_2$. Mas também podemos reputar que todos são iguais, pois pertencem ao alfabeto. Ou, que todos são diferentes, pois não combinam em todos os parâmetros (letra do alfabeto, número e estrela).

Mesmo em um universo tão pequeno, as combinações já se mostram numerosas, de acordo com o critério destacado. Considerando a riqueza do universo e a multiplicidade de parâmetros possíveis, haveremos de admitir a complexidade da tarefa.

Como já parece evidente, o corolário lógico da seleção dos fatores relevantes é o

diferenciada, conforme o caso. Não por outra razão, o tratamento diferenciado é muitas vezes retratado como discriminação indesejada. Cf nota de rodapé n° 273.

⁸⁸ ROSENFELD, Michel. 1985, p. 05.

⁸⁹ GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias, 1986, p. 35.

⁹⁰ Logicamente, também é pressuposto da igualdade a comparação. A igualdade parte da “comparação entre dois ou mais objetos, para fazer sobressair elementos que lhes sejam comuns”. (CLARO, João Martins. 1986, p 32).

⁹¹ “Não é, pois, a concepção relacional da igualdade o ponto definitivo de condução à solução de mapeamento de quem são os iguais e quem são os diferentes. Em verdade, é o procedimento de adoção de critérios como meridianos de separação entre pessoas o caminho para a colmatação do critério material do prescritivo isonômico” (SOUZA, Wilton Santos. 2011, p. 284)

⁹² GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias, 1986, p. 45; NOVAIS, Jorge Reis, 2004, p. 109.

tratamento desigual quanto aos demais aspectos⁹³. Existe uma inegável relação dialética entre igualdade e desigualdade, de modo que as dificuldades não se restringem apenas à seleção dos critérios válidos de diferenciação, revelando-se também na determinação da relação entre os iguais e os desiguais. Assim, ainda que consigamos definir um critério de diferenciação, enfrentaremos o problema da medida desta. Dito em outras palavras: quais devem ser os termos do tratamento desigual? Como “mensurar a desigualdade”?

Há, ainda, um outro problema, este ainda mais complicado, que é compreender não os fatores de igualação/desigualação em relação aos sujeitos ou situações tal como são, mas como “deveriam ser”⁹⁴. Em outras palavras, quais os elementos de igualdade que devem ser desejados, para que se atinja, por assim dizer, uma “igualdade ideal”.

No nosso universo pequenino, isso corresponderia a perquirir se todas as letras deveriam possuir o mesmo número, se todas deveriam ganhar estrelas. Se deveria ser mantida a diversidade alfabética, ou se A deveria se tornar B ou vice-versa. Se a igualdade de números ou de estrelas deve ser um ponto de partida ou de chegada. Se A deve ganhar estrela só por ser uma letra ou se isso também depende de suas escolhas.

Inúmeras teorias discutem qual seria a igualdade desejada e os filósofos utilizam os mais diversos recursos para justificar os seus pensamentos⁹⁵. Pessoas negociando sob um véu da ignorância sem saber previamente qual a situação individual (o que é, pensa e deseja) e leilões imaginários de conchas em ilhas desertas são alguns dos exemplos de artifícios usados para discutir a questão⁹⁶. A verdade é que, apesar de todas as teorias reclamarem de alguma forma uma certa igualdade⁹⁷, as perspectivas são muito diversas, dada a multiplicidade de fatores a serem considerados como desejáveis no âmbito social e as inúmeras formatações possíveis.

Continuando a dificuldade na escolha dos pontos relevantes, duas outras questões também são problemáticas: a variação no tempo e a delimitação no espaço. No decorrer do

⁹³ ROSENFELD, Michel. 1985, p. 05.

⁹⁴ Assim, se há, por exemplo, uma diferença de renda entre as pessoas, pode-se estabelecer um tratamento igual ou diferenciado para pagamento de tributos, em conformidade com faixas de remuneração, prevendo, inclusive, isenção para aqueles que auferem rendimentos abaixo de uma determinada quantia. Mas, outra coisa, é saber se esta diferenciação de renda é desejável, deve ser mantida ou combatida, em que medida.

⁹⁵ Amartya Sen (2009, pp. 42-6) qualifica como teorias transcendentais as oferecidas por John Rawls, Ronald Dworkin, Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau, entre outros, caracterizadas pela perspectiva da perfeição, tanto no sentido da identificação das características sociais, como na finalidade a ser atingida; em contraposição às teorias que efetuam uma comparação centrada em realizações, ou seja, em comportamentos reais, instituições reais e outras influências.

⁹⁶ Referimo-nos às teorias de John Rawls e de Ronald Dworkin.

⁹⁷ V. nota de rodapé 272

tempo, as circunstâncias fáticas se alteram, os valores se modificam, a sociedade evolui e, com ela, os conceitos e concepções tradicionais. Exemplo ilustrativo é a desigualdade entre filhos havidos dentro e fora do casamento, prática tolerada em outros tempos, que passou a ser amplamente repudiada pelos mais diversos ordenamentos jurídicos. A escolha dos critérios, portanto, não poderá ignorar este fator, devendo se adequar constantemente às perspectivas sociais.

Além disso, a posicionalidade da observação deve ser considerada, ou seja, a limitação inerente à perspectiva das coisas que observamos. Dependendo do alargamento do campo de comparação, pode-se ter um entendimento diferente a respeito da sociedade e dos assuntos públicos. A perspectiva de análise comparativa, portanto, possui enorme relevância.

Neste ponto, as perspectivas globais são importantes, em decorrência não apenas dos efeitos transfronteiriços que as opções de um determinado país pode gerar em outro, mas, ainda, da possibilidade de experiências diversas auxiliarem o questionamento quanto a convicções “paroquiais” de uma determinada sociedade, ensejando reflexões sobre as pressuposições consolidadas⁹⁸. Em contrapartida, visões globais tendem a desconsiderar importantes peculiaridades locais, muitas vezes indispensáveis na análise comparativa e merecedoras mesmo de observação na eleição dos critérios⁹⁹.

2.2 – A ausência de critérios absolutos

Como visto acima, ainda que estabelecido na Carta Constitucional, o princípio da igualdade não será abstratamente apreensível, independentemente de uma realidade fática. Não será capaz de apontar, a partir de juízo prévio e genérico, quais fatores são importantes para fins de igualação/desigualação. Os critérios para escolha dos limites subjetivos, dos aspectos relevantes, bem como dos propósitos desta seleção, somente poderão ser aferidos em um determinado contexto, ou, nas palavras de Michel Rosenfeld,

⁹⁸ SEN, Amartya. 2009, p. 121.

⁹⁹ Se as dificuldades no âmbito das ordens constitucionais estabelecidas já são incontáveis, no âmbito internacional, o princípio da igualdade suscita instigantes e intermináveis controvérsias. A igualdade entre o homem e a mulher, por exemplo, não possui o mesmo significado e não conflita com os mesmos valores nas sociedades ocidentais e orientais. Refletindo sobre a dificuldade deste consenso, fazemos um pequeno parêntese para ressaltar a virtude de uma declaração com normatividade internacional como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, considerada, por Norberto Bobbio, em *A Era do Direito*, como “a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores”.

“a partir do conceito de igualdade em sua dimensão descritiva”¹⁰⁰.

No máximo, seria possível considerar certos critérios como “suspeitos”, tal como fizeram diversas constituições, manifestamente no que diz respeito à discriminação em razão de sexo, raça, religião, opiniões políticas¹⁰¹. Trata-se, no entanto, mais de uma percepção histórica quanto às formas correntes de discriminação¹⁰² – as quais, a par das lutas contrárias e a despeito das positavações nos textos constitucionais, ainda hoje se manifestam na sociedade –, do que propriamente uma construção lógico-jurídica.

Tais normas assumem, então, um relevante papel de advertência¹⁰³, rememorando práticas indesejáveis, mas não estão (e nem podem estar) vocacionadas para esgotar o objeto da igualdade, tampouco para estabelecer critérios absolutos¹⁰⁴.

Com efeito, parece evidente que o conteúdo do princípio da igualdade é muito mais extenso do que a vedação de discriminação com base em raça, sexo, religião ou opiniões políticas. Em geral, os enunciados normativos sequer esgotam as possibilidades de fatores indesejáveis de discriminação, sendo mesmo exemplificativos e não exaustivos¹⁰⁵⁻¹⁰⁶, quanto menos poderiam ser considerados hábeis a cercar o direito à igualdade em sua totalidade.

Na linha dos “catálogos” estabelecidos, parte da doutrina tenta prescrever a regra

¹⁰⁰ ROSENFELD, Michel, 1985, p. 6.

¹⁰¹ A título de exemplo, podem ser citados os seguintes dispositivos: Artigo 3º, inciso IV da Constituição Brasileira; Artigo 13, nº 2 da Constituição Portuguesa; Artigo 14 da Constituição Espanhola de 1978; Artigo 3º da Constituição italiana; Artigo 1º da Constituição Francesa.

¹⁰² NOVAIS, Jorge, 2004, p. 110.

¹⁰³ Referindo-se à Constituição Sul-Africana, Marié McGregor (2006, p. 394) afirma que, em relação aos critérios listados na Constituição, haveria uma presunção de que a discriminação seria injusta, o que não ocorre em relação àqueles que não estejam expressos na Carta, caso em que caberá a quem alega a discriminação injusta o ônus de comprová-la.

¹⁰⁴ CLARO, João Martins. 1986, p. 34.

¹⁰⁵ O caráter não exaustivo é defendido por Jorge Bacelar Gouveia (2005, p. 1075). Com efeito, podemos facilmente imaginar outros critérios que normalmente não integram os róis de proibição, mas que também seriam igualmente repugnantes e poderiam fundamentar discriminações arbitrárias, tais como constituição corporal, orientação sexual ou relação social. Vale mencionar, neste ponto, que, até 2011, quando foi proferida decisão pelo Supremo Tribunal Federal nas ADI 4277 e ADPF nº 132, o casamento entre pessoas do mesmo sexo não era permitido no Brasil, o que Maria Berenice Dias (2003, p. 57) considerava como exemplo de discriminação odiosa: “exigir a diferenciação de sexos do casal para merecer a proteção do Estado é fazer distinção odiosa”.

¹⁰⁶ Reforçando a ideia, Marié McGregor (2006, p. 394) observa que a Constituição Sul-Africana, assim como diversos documentos internacionais, proíbe discriminação injusta com base em raça, gênero, sexo, gravidez, estado civil, origem étnica ou social, cor, orientação sexual, idade, incapacidade, religião, consciência, crença, cultura, idioma e nascimento. Afirma categoricamente que a lista é não exaustiva e, embora se baseie em critérios utilizados no passado para oprimir e marginalizar, poderão existir outros critérios análogos que serão igualmente proibidos caso tenham o potencial de debilitar a dignidade das pessoas enquanto seres humanos ou afetá-los desfavoravelmente de forma grave na análise comparativa.

de que o indivíduo não pode ser considerado moralmente responsável (e portanto diferenciado) em relação a características imutáveis, sobre as quais não possui qualquer controle (como cor de olhos e da pele), mas o pode quanto às suas ações, voluntariamente determináveis¹⁰⁷. No entanto, não apenas se trata de critério insuficiente para a regulação completa do tema, como é possível imaginar hipóteses em que se justifica a distinção fundada em aspectos incontroláveis/imutáveis, ao passo que, em outras, impõe-se tratamento igualitário, não obstante exista a possibilidade de eliminação voluntária de determinadas características¹⁰⁸. Os fumantes, por exemplo, podem parar de fumar, mas não nos parece que seria admissível fixar para estes um sistema de saúde distinto ou mesmo negar-lhes o acesso à saúde pública, em caso de doenças decorrentes do cigarro, sob o argumento de que sua conduta é voluntária.

Ainda que os critérios “suspeitos” possam ser considerados, *a priori*, odiosos, não significa que não possam ser utilizados de forma plenamente aceitável de acordo com o contexto. Este ponto, aliás, é realçado por inúmeros autores¹⁰⁹, que, a partir de exemplos, procuram demonstrar a sua relatividade. Deste modo, v.g., seria plenamente tolerável a discriminação com base na raça, para a escolha de artistas a serem contratados para participar de evento comemorativo do dia da consciência negra¹¹⁰.

Não há, pois, critério de diferenciação que possa ser considerado absoluto¹¹¹. Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta que “não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico”, mas sim no “vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida”¹¹².

Aliás, tanto não são absolutos tais critérios, que são empregados como base para discriminações consideradas positivas (as chamadas ações afirmativas, para utilizar o termo baseado na experiência norte-americana), tema que desenvolveremos mais adiante.

Já frisamos que os critérios não podem ser destacados de seu propósito, dos

¹⁰⁷ NOVAIS, Jorge, 2004, p. 110.

¹⁰⁸ ROSENFELD, Michael. 1985, p. 6.

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto, 2002, pp. 160-1; BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio, 2000, p. 15, 81.

¹¹⁰ Na sociedade brasileira, é comemorado no dia 20 de novembro, de acordo com a Lei 12.519/2011. O exemplo é de Luís Roberto Barroso (2002, p. 161).

¹¹¹ Para solucionar dificuldades de “proibição de discriminação”, Fabio Konder Comparato (1993, p. 76) distingue “critério de diferenciação” e “objetivo de diferenciação”, realçando que “desde que uma desigualdade de tratamento jurídico possa ser justificada por um objetivo de interesse público, não haveria quebra do princípio da isonomia”.

¹¹² BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio, 2000, p. 17.

objetivos e benefícios¹¹³. O problema reside no preconceito em razão desses critérios e não nos critérios em si. Como ressalta João Martins Claro: “Não cremos que exista uma verdadeira oposição entre a igualdade por um lado e a discriminação por outro. Se há discriminações que a igualdade repudia, também existem outras que ela postula.”¹¹⁴.

Como bem observa Sandra Fredman, a assimetria é uma das principais vantagens da igualdade substancial em relação à formal. Assim, o problema não é a eleição em si da raça, gênero, etnia e etc. como critério, mas sim o detrimento e as desvantagens associada a estes grupos, tidos por subordinados. A assimetria permite que medidas que utilizem tais critérios como um meio de distribuição de benefícios e encargos sejam consideradas promotoras da igualdade, ao passo que, sob o prisma da igualdade puramente formal, seria justamente o oposto: violadora da igualdade¹¹⁵.

2.3 – Um certo consenso

Como parece ter sido evidenciado, não existem critérios absolutos e soluções abstratas para o conteúdo da igualdade. Isto não significa, no entanto, que não haja qualquer tipo de limite ou consenso mínimo. É em relação a estes que pretendemos dedicar as linhas seguintes.

Em primeiro lugar, igualdade não significa uniformidade¹¹⁶. Os homens são naturalmente desiguais¹¹⁷. Como poetizou Carlos Drummond de Andrade, “Ninguém é

¹¹³ Nesse sentido leciona Maria Lúcia Amaral (2004, p. 54), referindo-se à Constituição Portuguesa: “À partida, os limites decorrentes do n.º 2 do artigo 13.º aparecer-lhe-ão como indicadores negativos; mas a proibição de constituição de diferenças em função de cada uma das características pessoais que é enumerada pela Constituição não pode valer para a lei de modo absoluto. A razão por que tal sucede é simples: cada “discriminação proibida” tem que ser interpretada, e qualificada, de acordo com o restante sistema constitucional. Pode por isso suceder que, perante a indagação desta justiça de sistema, se conclua que, face a cada uma delas, a resposta seja diversa: haverá eventualmente características pessoais que, pelo seu lugar no “sistema”, valham sempre como proibições de discriminação; outras que tolerem a constituição legislativa de diferenças a seu respeito; e ainda outras que imponham essa mesma construção (legal) de diferenciações.”

¹¹⁴ CLARO, João Martins. 1986, p. 34.

¹¹⁵ FREDMAN, Sandra. 2013, p. 454-5.

¹¹⁶ “Hodiernamente, com base nas novas investigações ecológicas, vem-se excogitando novo argumento contra a isonomia. Diz-se, assim, que ela tenderia à homogeneidade artificial entre os homens e os diferentes grupos sociais, o que representaria grave fator de esterilidade, pois a pujança vital pressupõe a manutenção de diferentes nichos de desenvolvimento biológico” (COMPARATO, Fabio Konder. 1993, p. 70).

¹¹⁷ “Os homens são naturalmente desiguais, sob inumeráveis aspectos: desigualdades físicas, morais, espirituais etc. E são contingentemente desiguais a outros tantos pontos de vista: políticos, sociais, econômicos etc. Aliás, é pela existência mesmo de desigualdades – naturais ou não – que se aspira à igualdade. Na feliz formulação de Rousseau, ‘é precisamente porque a força das circunstâncias tende sempre a destruir a igualdade que a força da legislação deve sempre tender a sustentá-la.’” (BARROSO, Luís

igual a ninguém. Todo o ser humano é um estranho ímpar”¹¹⁸. A igualdade, portanto, não pode significar a imposição de um padrão hegemônico, tampouco desconsideração do ser humano e de suas escolhas.

O homem, enquanto espécie, apresenta atributos universais, característicos de todos os indivíduos que a integram e, portanto, geradores de igualdade. Enquanto indivíduo, porém, o homem é dotado de uma série de atributos que o distinguem dos demais sujeitos da mesma espécie, o que lhe concede o direito à diferença. Condutas que imponham um padrão único a ser seguido, ou que gerem discriminação em decorrência daqueles atributos distintivos, violam os direitos à igualdade e à diferença¹¹⁹.

No entanto, as mais graves violações aos direitos humanos, ao longo da história, se basearam na dicotomia “eu versus o outro”, visualizando a diversidade como elemento suficiente para aniquilar direitos. A diferença, portanto, servia ao propósito de diminuir a dignidade e o direito dos indivíduos, chegando a desprovê-los absolutamente de qualquer dignidade, como nas situações-limite de escravidão e do nazismo¹²⁰.

Na lição de Daniel Sarmento, “a promoção da igualdade era muitas vezes confundida com a imposição de homogeneidade desprezando-se a necessidade de afirmação da diferença cultural, como condição de sobrevivência de determinados grupos étnicos ou sociais mais vulneráveis”¹²¹. Se isto já foi verdade algum dia, hoje se tem absoluta consciência de que igualdade não implica supressão da liberdade, de forma que diferenças culturais devem ser respeitadas, preservadas e promovidas¹²².

Existe um razoável e difundido consenso de que todos os homens possuem direito a igual autonomia e respeito, como sujeitos de escolha moral e seres capazes de conceber e racionalmente perseguir os seus respectivos planos de vida¹²³⁻¹²⁴. “É porque todos têm

Roberto. 1986, rep. 2011, p. 4)

¹¹⁸ Carlos Drummond de Andrade em 'A Paixão Medida'.

¹¹⁹ LEAL, Luciana de Oliveira. 2005, p. 111.

¹²⁰ PIOVESAN, Flávia. 2008, p. 138.

¹²¹ SARMENTO, Daniel, 2011. p. 73.

¹²² “A filosofia pública contemporânea busca articular um conceito de igualdade que contemple a diversidade cultural, pois nela se contém o reconhecimento de que todos têm igual liberdade de ser diferentes e viver de acordo com essas diferenças. Não se trata, portanto, de um lado de simplesmente excluir os mérito, as capacidades e as consequências de escolhas e modo de viver livremente adotados pelos membros da coletividade enquanto indivíduos, nem de outro, de excluir a responsabilidade coletiva desse mesmo indivíduo, enquanto componente de uma comunidade, mas fazê-los complementares e sinérgicos. Igualdade e liberdade no final do século XX e início do presente século trabalham lado a lado para assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana e a justiça social” (SILVA, Celso de Albuquerque. 2009, pp. 48-49)

¹²³ ROSENFELD, Michel. 1985, p. 6.

igual dignidade que devem ser tratados como iguais. Assim, e em primeiro lugar, só são admissíveis as diferenciações fundamentadas em critérios que não ponham em causa a igual consideração e respeito devidos a todas as pessoas.”¹²⁵

Feliz foi Boaventura Souza Santos quando teorizou: “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”¹²⁶. Para Flavia Piovesan, a realização da igualdade demanda o reconhecimento e a redistribuição, dois elementos que, somados, simbolizam o caráter bidimensional da justiça¹²⁷.

O segundo ponto, ressaltado por inúmeros autores, é a proibição do arbítrio¹²⁸. Este impede “que a ordem jurídica promova desequiparações arbitrárias, aleatórias ou mal-inspiradas”, de modo que “será legítima a desequiparação quando fundada e logicamente subordinada a um elemento discriminatório objetivamente aferível, que prestigie, com proporcionalidade, valores abrigados no Texto Constitucional.”¹²⁹

Como ressalta Sandra Fredman, “a igualdade significa que a nossa sociedade não pode tolerar diferenças legislativas que tratem certas pessoas como cidadãos de segunda classe, que os rebaixe, que os trate como menos capazes, sem qualquer razão, ou que de outra forma ofenda a dignidade humana fundamental.”¹³⁰

A simples distinção de tratamento não é proibida, mas são impedidos favoritismos ou perseguições¹³¹ ou, em outras palavras, vedados os privilégios¹³² e discriminações arbitrárias¹³³.

¹²⁴ “Um governo só é legítimo se subscrever dois princípios dominantes. Em primeiro lugar, deve mostrar igual preocupação com a sorte de todas as pessoas sobre quem reivindica domínio. Em segundo, deve respeitar totalmente a responsabilidade e o direito de cada pessoa a decidir por si própria sobre como fazer da sua vida algo de valioso.” (DWORKIN, Ronald. 2012, p. 14)

¹²⁵ NOVAIS, Jorge Reis, 2004, p. 110.

¹²⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. 2001, p. 38.

¹²⁷ PIOVESAN, Flávia. 2008, p. 140.

¹²⁸ CANOTILHO (2003, p. 429) ressalva que a proibição do arbítrio não é um critério definidor do conteúdo do princípio da igualdade, mas antes um limite para o controle judicial, expressado de modo essencialmente negativo, possibilitando o controle em casos de flagrante e intolerável desigualdade. Realça, no entanto, a ideia de superação do princípio da igualdade como princípio negativo, independentemente da atividade do Tribunal Constitucional.

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto, 1986, rep. 2011, p. 3-4.

¹³⁰ FREDMAN, Sandra. 2013, p. 450.

¹³¹ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. 1993, p. 83.

¹³² “Privilégios são situações de vantagem não fundadas e discriminações situações de desvantagem; ao passo que 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.” (MIRANDA, Jorge, 2012, pp 280-1)

Como ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello, “não há duas situações tão iguais que não possam ser distinguidas, assim como não há duas situações tão distintas que não possuam algum denominador comum em função do que se possa parificá-las”¹³⁴. Deste modo, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade deverão ser utilizados para que se possa aferir a legitimidade dos critérios utilizados para a comparação entre as situações, bem como a correlação lógica entre o tratamento diferenciado/equiparado e os objetivos pretendidos, verificando se estes, por sua vez, estão em conformidade com o texto constitucional.

Naturalmente que este critério não é matemático, permitindo um grande espaço de discricionariedade. Contudo, trata-se de uma contingência do Direito, reconhecida e admitida em diversas outras situações, que não deixa de ser, por isso, destituída de relevância. A impossibilidade da lógica objetiva não suprime o valor da racionalidade possível e intersubjetivamente controlável.

¹³³ “O imperativo da proibição do arbítrio legislativo (que é outro modo de dizer: não-razão do legislador) significa, antes de tudo, proibição de discriminação neste exacto sentido: *prima facie*, não serão admissíveis aquelas diferenças que a lei constituir e que não tiverem outro fundamento para além do pré-juízo do legislador sobre aquilo que distingue as pessoas e sobre aquilo que é relevante para a formação da sua identidade.” (AMARAL, Maria Lúcia, 2004, p. 42)

¹³⁴ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio, 2000, p. 42.

3. AÇÕES AFIRMATIVAS

3.1 – Introdução e aspectos gerais

“Se um gigante e um anão caminham lado a lado, cada passo que derem dará nova vantagem ao gigante”¹³⁵. A frase de Rousseau se revela perfeitamente adequada quando se tem o propósito de esclarecer a ideia base das chamadas ações afirmativas, pois intuitivamente justifica o pensamento aparentemente paradoxal¹³⁶ de que é preciso desigualar para igualar.

A partir das inúmeras desigualdades verificadas na realidade fática¹³⁷ e da percepção de que simples proclamações de igualdade contidas na lei não são suficientes para alterá-las¹³⁸, foram concebidos mecanismos jurídicos com o intuito de mitigá-las, buscando, por meio de concessão de vantagens¹³⁹, promover e concretizar a igualdade. Nesse contexto, surgem as ações afirmativas.

Por meio delas, procura-se remediar a significativa sub-representação de membros de certo segmento racial, étnico ou minoritário de um modo geral, em instituições civis e/ou governamentais ou espaços/posições sociais, adotando medidas que levam em conta a identidade ou a inserção em determinado grupo¹⁴⁰.

Neste ponto, cumpre ressaltar que a definição de “ação afirmativa” não é consensual, ensejando, por si só, controvérsia¹⁴¹. Em geral, defensores e opositores tentam ganhar vantagens terminológicas, para induzir a população a apoiá-los. Além disso, a

¹³⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1990, p. 51.

¹³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, 2003, p. 72.

¹³⁷ De maneira pragmática, Maria Berenice Dias (2003, p. 53) afirma: “de um fato não se pode escapar: ainda que buscada de maneira incansável, a igualdade não existe”. E prossegue: “mesmo tendo havido uma acentuada evolução da sociedade, a igualdade formal ainda não se tornou material, real.”

¹³⁸ “Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade 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 a 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 a 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.” (PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas no Brasil: Desafios e Perspectivas*. In *A Construção dos Novos Direitos*. Org. MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Porto Alegre: Núria Fabris. Ed. 2008, p 142)

¹³⁹ Cf. nota 132.

¹⁴⁰ JACOBS, Lesley A. 2003, p. 116.

¹⁴¹ MENEZES, Paulo Lucena de. 2003, p. 39.

própria passagem do tempo enseja alteração sobre a percepção do que são as ações afirmativas, diante da evolução social e das formas de manifestação destas¹⁴².

Também constituem obstáculos à definição do termo: a inevitável imprecisão decorrente de seu uso popular e o desejo de evitar posicionamentos que podem custar o suporte das pessoas. E, por fim, incrementa a problemática a diversidade de formas que podem tomar, que vão de brandas a mais drásticas, de acordo com a intensidade da intervenção. Todos esses elementos tornam árdua a tarefa de definir as ações afirmativas, sendo certo que a própria definição já pode anunciar o posicionamento – contrário ou favorável – de quem o faz¹⁴³.

O árduo debate também faz com que surjam acepções distintas conforme o âmbito de atuação. Nos Estados Unidos, as definições para as políticas implementadas no mercado diferiram daquelas inseridas na esfera educacional e, também, das voltadas para os contratos governamentais¹⁴⁴. É possível encontrar, ainda, distinção entre políticas de ação afirmativa e iniciativas de ação afirmativa: as primeiras oriundas do Estado e as segundas da sociedade civil¹⁴⁵.

Para Gwenaële Calvès, três definições circulam no debate político contemporâneo acerca das discriminações positivas. A primeira a equipara pura e simplesmente à técnica de cotas. A segunda não remete a uma técnica específica, mas sim designa um objetivo político: integração dos imigrantes, muçulmanos, mulheres, deficientes físicos, etc. Seria uma conduta de promoção positiva. E a terceira, que constitui a majoritária, a compreende como simplesmente diferenciar, tratar de modo diferente aqueles que são dessemelhantes, com a variante de “dar mais àqueles que menos possuem”¹⁴⁶.

Não obstante a dificuldade conceitual¹⁴⁷, no âmbito do presente trabalho tomamos

¹⁴² Neste sentido, a lição de Roger Raupp Rios (*In FERREIRA, Renato. 2011. p. 235*) “Tendo presentes estes significados, adoto como terminologia mais adequada a conhecida expressão ‘ação afirmativa’. A compreensão de seu conceito e sua extensão deve atentar para a evolução histórica de tais medidas. As ações afirmativas foram iniciadas e desenvolvidas a partir do combate à discriminação racial. Seu conceito, por conseguinte, nasce vinculado à superação do racismo, especialmente na sua modalidade institucional. Com o passar do tempo, foram incluídos outros grupos étnicos, bem como a discriminação nas relações de gênero.”

¹⁴³ KENNEDY, Randall. 2013, pp.18-20, posições 245-261.

¹⁴⁴ SILVA, Joselina da. Movimento negro no Brasil: uma história de luta pela igualdade racial. *In SANTOS, Ivanir dos. e ROCHA, José Geraldo da. 2007, p. 101.*

¹⁴⁵ VIEIRA, Andrea Lopes da Costa. A Experiência de Ação Afirmativa no Brasil: questões sobre a implementação, institucionalização e manutenção. *In SANTOS, Ivanir dos. e ROCHA, José Geraldo da. 2007, p. 91*

¹⁴⁶ CALVÈS, Gwénaële. 2010, pp 3-4.

¹⁴⁷ “Políticas de ação afirmativa são medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não, que visam promover a igualdade substancial, através da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que

por empréstimo a definição de Joaquim Barbosa, segundo a qual as ações afirmativas constituem um “conjunto de políticas públicas e privadas¹⁴⁸ de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego”¹⁴⁹.

estejam em situação desfavorável, e que sejam vítimas de discriminação e estigma social” (SARMENTO, Daniel; *In* FERREIRA, Renato. 2011, p. 84); “No plano social, as Ações Afirmativas são políticas públicas, visando a reduzir as desigualdades sociais. Buscam dar a grupos desvantajados uma situação equivalente – igual – a de outros não desvantajados. No plano jurídico, tais políticas importam em estabelecer tratamento normativo diferente – desigual – a tais grupos, mas sem violar o princípio de isonomia.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, 2003, p. 72); “exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desiguadas, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais” (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, 1996, p. 285); “Estas ações constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, as mulheres, dentre outros grupos” (PIOVESAN, Flávia. 2008, p. 142). “Políticas que oferecem a indivíduos considerados pertencentes a um grupo beneficiário preferência sobre outros competidores em relação a emprego, educação ou outro recurso valioso”. (KENNEDY, Randall. 2013, p. 20, posições 261-263, tradução livre); “as ações afirmativas são um mecanismo jurídico de promoção da igualdade por meio da superação de uma situação de discriminação que serve de causa à diferenciação injustificada dos cidadãos, que impede alguns deles de fruírem plenamente os direitos que são assegurados a todos” (WILLEMANN, Flavio de Araujo e COELHO, Bernardo Bichara. 2011, p. 241); “As ações afirmativas são definidas como políticas ou programas, públicos ou privados, que objetivam conceder algum tipo de benefício a minorias ou grupos sociais que se encontrem em condições desvantajosas em determinado contexto social, em razão de discriminações, existentes ou passadas, como as pessoas portadoras de deficiência física, idosos, índios, mulheres e negros” (MORAES, Guilherme Peña de. 2003, pp. 300-301); “Como políticas públicas e privadas, as ações afirmativas podem ser entendidas como intervenções nas instituições, através de leis, programas e outras medidas, com o objetivo de discutir as relações assimétricas entre gêneros, grupos raciais, portadores e não portadores de deficiências físicas promover a diversidade sócio-cultural e a igualdade de oportunidades entre os diversos grupos sociais.” (NASCIMENTO, Alexandre do. Ações Afirmativas, combate ao racismo e promoção da igualdade. *In* SANTOS, Ivanir dos. e ROCHA, José Geraldo da. 2007, p.190); “políticas públicas e privadas voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação vulnerável, sendo vítimas de estigma social” (MOTTA, Fabrício. 2014, p. 57); “No direito internacional e dentro dos inúmeros países em que é praticada, a discriminação positiva constitui o principal instrumento de uma política de recuperação entre diferentes grupos. Visa a promover entre eles uma maior igualdade de fato, ou, ao menos, garantir aos membros de tais grupos em desvantagem uma verdadeira igualdade de chances. Insere-se em uma lógica de preencher uma lacuna de desenvolvimento econômico e social, supondo mais do que um tratamento diferenciado, mas a instauração de um verdadeiro tratamento preferencial. (CALVÈS, Gwénaële. 2010, p 7, tradução livre)

¹⁴⁸ Para Rafael de Freitas Schultz Ribeiro (2011, p. 170) ações afirmativas são apenas as que possuem origem pública, constituindo equívoco inserir no seu conceito medidas que tenham proveniência privada, assim como qualquer iniciativa cuja natureza jurídica não seja de norma jurídica. Sustenta que as ações afirmativas são remédios, atuações cogentes do Estado, sem as quais a sociedade não é capaz de solucionar os problemas, por si só, individualmente ou por meio de organizações civis. De tal modo que os atos que se assemelhem a ações afirmativas, mas possuam natureza privada, devem ser considerados evolução da sociedade, atribuindo a esta o mérito de, sem qualquer coercitividade, eliminar a realidade discriminatória.

¹⁴⁹ BARBOSA GOMES, Joaquim B. e SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. p. 94.

Seja como for, as ações afirmativas têm por pressuposto a atuação ativa estatal e o abandono da postura neutra¹⁵⁰ do Estado, como mero espectador. Contêm a ideia de combate às discriminações, não somente as evidentes, mas também as imbricadas no pensamento social, nem sempre manifestas¹⁵¹, de forma a promover transformações sociais e culturais, inculcando a ideia positiva de pluralismo e respeito da diversidade e, assim, retirando a conotação negativa do “diferente”.

Objetivam alterar a realidade, assegurando a igualdade de oportunidades, com equivalência de condições. Com efeito, na perspectiva dos bens escassos, vigora a ideia de que todos deve possuir igual oportunidade de a eles concorrer. Na prática, porém, as desigualdades (físicas ou sociais) impedem que todos tenham iguais condições de alcançá-los. Nesse sentido, as ações afirmativas buscam, de um modo geral, maior equivalência de condições.

Mas, além disso, também procuram modificar o pensamento coletivo. Neste âmbito, o exemplo é, muitas vezes, usado como elemento propulsor desta transformação pedagógica e psicológica. A partir das medidas positivas são criadas personalidades emblemáticas, “exemplos vivos de mobilidade social ascendente”¹⁵², que não apenas inspiram e propulsionam os demais componentes daquela “minoría”, como permitem que os demais os vejam de forma distinta, afastando-se eventual estigma¹⁵³.

É recorrente, na sociedade, a associação entre certas profissões e uma determinada característica como raça, etnia ou gênero, o que é perceptível na linguagem cotidiana e influencia os processos cognitivos¹⁵⁴. Pretende-se, portanto, afastar tal associação, para todos os componentes da sociedade, tanto majoritários quanto minoritários, de modo que o efeito psicológico positivo torne-se mais forte do que a exclusão vivida no passado radical¹⁵⁵ ou ainda experimentada no presente desigual.

Nessa linha, Francisco de Guimaraens ressalta o papel das ações afirmativas na

¹⁵⁰ Aqui não há opção por algum lado, o que implicaria renúncia à igualdade, mas abandono da neutralidade concebida como postura passiva.

¹⁵¹ “De fato, muitas vezes a discriminação é fruto de medidas, decisões e práticas aparentemente neutras, desprovidas de justificação e de vontade de discriminar, cujos resultados, no entanto, têm impacto diferenciado perante diversos indivíduos e grupos, gerando e fomentando preconceitos e estereótipos inadmissíveis.” (RIOS, Roger Raupp. *In FERREIRA, Renato*. 2011, p. 228)

¹⁵² BARBOSA GOMES, Joaquim B. e SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. p. 98.

¹⁵³ Daniel Sarmiento (*In FERREIRA, Renato*. 2011, p. 87) aborda esta ideia, ao analisar a cota para negros na educação: “Isto os auxilia a deixarem de se ver e de serem vistos como “naturalmente” talhados para funções subservientes, tidas como menos pobres”.

¹⁵⁴ RIOS, Roger Raupp. *In FERREIRA, Renato*. 2011. p. 239.

¹⁵⁵ CALVÈS, Gwénaële. 2010, p. 23.

construção dos direitos (dimensão constituinte) e afirma que elas são poderoso instrumento na reconfiguração da noção de semelhança entre pobres e ricos e negros e brancos. Partindo da ideia de que direitos se constituem por um regime de associação de imagens e de afetos correlatos às imagens formadas, sublinha que a convivência em ambientes neutros dos estigmas sociais, como as universidades, em que os discriminados se encontram em condições de igualdade, é capaz de alterar no plano da consciência as imagens que relegam os setores discriminados a posições sociais subalternas e menos valorizadas culturalmente¹⁵⁶.

O termo “ação afirmativa” possui base na experiência norte-americana, tendo sido amplamente adotado pela doutrina brasileira¹⁵⁷. Embora também tenha se disseminado no Reino Unido, em especial na Irlanda do Norte, observou-se a introdução, nesta, da designação “ação positiva”¹⁵⁸⁻¹⁵⁹. Na Europa e na Índia, a expressão “discriminação

¹⁵⁶ Leiam-se trechos esclarecedores a respeito das ideias apresentadas pelo autor:

“A constituição dos direitos se refere ao problema da partilha do sensível, pois os direitos dizem respeito aos modos de tomar parte na partilha. Essa é uma questão fundamental para se compreenderem os processos de constituição dos direitos. Os direitos remetem, por necessidade, a imagem a que somos submetidos desde nosso nascimento, razão pela qual tendemos a naturalizar os direitos e a partilha do sensível na qual se inserem.” (GUIMARAENS, Francisco de. 2008, p.63)

“Em suma, o conceito de partilha do sensível envolve posições sociais, atores sociais, atividades e agentes econômicos, espaços, atos e sujeitos políticos. A distribuição dos lugares a serem ocupados pelas pessoas é parte instituinte da partilha, que se consolida mediante mecanismos imaginativos, transmitidos de geração em geração por hábitos cristalizados e naturalizados.” (GUIMARAENS, Francisco de. 2008, p. 64)

“Somente tal convivência é capaz de ir além da mera tolerância, produzindo verdadeira igualdade a partir de nova imaginação constituída, uma imaginação que delinea um espaço comum de convivência entre os desiguais. A igualdade não se determina somente pela razão. É essencial experimentá-la pelos afetos. Nós somos iguais sobretudo quando nos sentimos iguais, nos enxergamos iguais e nos experimentamos em igualdade. Para nos sentirmos iguais é preciso passar por situações fáticas reveladoras de imagens de igualdade, na medida em que os afetos nascem originariamente e cotidianamente da imaginação.” (p. 67)

¹⁵⁷ Alexandre do Nascimento pontua que, historicamente, o termo “ação afirmativa” é mais recente do que o seu conceito, já que este surgiu a partir de lutas de resistência. Sustenta que os movimentos sociais que questionam, resistem, criam formas e propõem novas relações sociais, impugnando as injustiças e os equívocos de uma sociedade, são, em si, ações afirmativas, já que constituem ações de afirmação de direitos e igualdade material. De tal modo que, do “ponto de vista dessa marcha histórica de liberdade, as ações afirmativas não são o fim das lutas, são as próprias lutas”. (NASCIMENTO, Alexandre do. *Ações Afirmativas, combate ao racismo e promoção da igualdade*. In SANTOS, Ivanir dos. e ROCHA, José Geraldo da. 2007, p.190)

¹⁵⁸ MCCRUDEN, Christopher. 1986, p. 221. O autor afirma que não há verdadeira diferença entre os conceitos e que seria razoável supor que a alteração do termo foi proposital, com intuito de distanciar das controversias que as ações afirmativas estavam gerando nos Estados Unidos da América e, em particular, para dissociar da ideia de cota. Para MCHHARG e NICHOLSON (2006, p. 2) o termo “ação positiva” por vezes se limita ao que é chamado de forma suave (“soft”) ou fraca (“weak”) de ação afirmativa.

¹⁵⁹ Em sentido diverso, Olga Burgos Garcia (2011, pp. 187-188) entende que as discriminações positivas se diferem das ações positivas, uma vez que aquela incidem mais no ponto de partida, ao passo que estas no ponto de chegada. As primeiras seriam mais efetivas e também controversas, possuindo duas formas: (i) sistema de cota ou reserva rígida de uma percentagem mínima garantida a um coletivo ou grupo discriminado; (ii) tratamento preferencial ou qualificações especiais, atribuindo pontos para os grupos aos quais pretende favorecer. Em consequência: (a) perseguem privilégios para os membros de um grupo que é

positiva” é mais comumente utilizada, muito embora possibilite, por vezes, o indesejado emprego com conotação pejorativa, a exemplo do que também ocorre com as formas “discriminação reversa”¹⁶⁰ ou “tratamento preferencial”¹⁶¹⁻¹⁶². Outras nomenclaturas específicas como “standardização” (Sri Lanka), “refletindo o caráter federativo do país” (Nigéria) e preferências para os “filhos da terra” (Malásia e Indonésia) também podem ser encontradas¹⁶³.

A expressão norte-americana parece ter sido empregada, pela primeira vez, na Ordem Executiva n.º. 10.925, de 1961, por meio da qual o Presidente Kennedy criou

objeto de discriminação negativa; (b) beneficia os membros deste grupo em detrimento visível de outras pessoas e; (c) pretendem alcançar um resultado e o garantir. As ações positivas, por sua vez, se dirigem mais às medidas do ponto de vista de saída, podendo se classificar em equiparadoras, promocionais e transformadoras, segundo seu objeto.

A diferença entre estes instrumentos corretores da desigualdade em todas as suas dimensões consiste, segundo a autora, em maior grau de exigência para as discriminações positivas em relação às ações positivas. As primeiras são (A) estabelecidas apenas para casos muito específicos de discriminação, ou seja, devem medir a sua adequação para atender a ordem constitucional; (B) devem ser de necessidade especial, não havendo nenhuma outra medida menos onerosa para remover os obstáculos o estabelecer a igualdade de condições; e (C) caracterizam-se por serem temporária ou, mais estritamente, transitórias, sendo mantidas somente enquanto permanecer a necessidade essencial. Como não deixam de ser discriminações diretas devem ser admitidas apenas restritiva e excepcionalmente.

As ações positivas, de outra parte, são enquadradas como um instrumento para alcançar a igualdade substantiva em várias classes de ações com distintos objetivos, que podem ser: (i) remover os obstáculos ou desvantagens que impedem a participação no setor socioeconômico em causa, tendo como exemplo a melhoria do nível educacional das mulheres no âmbito local; (ii) buscar um equilíbrio entre a vida familiar e profissional, apoiando a corresponsabilidade parental e a reconciliação dos homens e mulheres, para fomentar maior distribuição de responsabilidade parental em ambos os sexos; (iii) dar tratamento preferencial a pessoas sub-representadas no estabelecimento de cotas, como o sistema de cotas não rígidas entre mulheres no conselho de administração de empresas.

¹⁶⁰ Guilherme Peña de Moraes (2003, p. 301) considera incorreto o termo “discriminação positiva”, pois “discriminação corresponde à violação do princípio da igualdade de oportunidades, dado que importa em diferenciação de tratamento arbitrária, que atribui uma situação de desvantagem a seus destinatários”. Marie MCGREGOR (2006, p. 391) também vincula o vocábulo discriminação à arbitrariedade e à ilegitimidade. A presunção de inadmissibilidade vinculada ao vocábulo discriminação é o que confere a conotação negativa.

¹⁶¹ “A expressão ‘tratamentos preferenciais’, por sua vez, é utilizada por muitos adeptos das políticas de ação afirmativa, por não se associar diretamente a nenhuma das conotações pejorativas presentes nas discriminações inversa e benigna ou nas cotas. Todavia, ela ainda deixa em aberto a questão da justiça da preferência empregada: evidentemente, há preferências justas e injustas. Dizer que alguém foi beneficiado com um emprego pelo fato de ser negro é algo, à primeira vista, indesejável, bastante diferente de apontar que tal decisão vincula-se, por exemplo, a um critério de desempate que visa a combater as consequências do racismo.

Outro aspecto importante, que demarca os limites da expressão ‘tratamentos preferenciais’ e indica um conteúdo pejorativo em sua formulação, é a contradição da ideia de preferência com que os imperativos de abstração e universalidade que informam o ideal de igualdade de todos, independente de raça ou cor, por exemplo. De fato, as ações afirmativas examinadas sob o prisma do fenômeno da discriminação institucional e das respostas jurídicas às modalidades indiretas de discriminação, não são tratamentos preferenciais, mas medidas profiláticas diante da desvantagem experimentada por certos grupos, decorrentes do racismo e de outras formas correlatas de preconceito.” (RIOS, Roger Raupp. *In* FERREIRA, Renato (Coord). 2011. pp. 234-235)

¹⁶² MCHARG, Aileen e NICHOLSON, Donald, 2006, p. 2.

¹⁶³ SOWELL, Thomas. 2004, p. 02.

comissão destinada a revisar as políticas segregacionistas estatais¹⁶⁴.

Em versão ligeiramente distinta, Roberta Kauffman¹⁶⁵ afirma que, em verdade, a expressão foi aplicada pioneiramente em 1935, na Lei das Relações de Trabalho Nacionais, que determinou que empregadores abandonassem práticas segregacionistas nas relações de trabalho e adotassem ações afirmativas para inserir os negros em cargos que estariam ocupando se não houvessem sido vítimas da segregação¹⁶⁶. A autora reconhece, no entanto, que o termo só passou a ser utilizado no contexto de lutas pelos direitos civis, com a mencionada ordem executiva¹⁶⁷.

Curioso observar que próprio termo “ação afirmativa” já foi objeto de disputa judicial. Os organizadores da votação popular da Proposição 209, que ensejou a proibição das ações afirmativas no Estado da Califórnia¹⁶⁸, nos Estados Unidos da América, decidiram omitir este termo no texto da proposta, com intuito de facilitar a sua aprovação. Motivo: tinham conhecimento de que diversos eleitores reagiam negativamente ao vocábulo “preferência”, mas positivamente à expressão “ação afirmativa”, de tal modo que a simples presença da expressão dificultava a sua aceitação.

Aqueles que eram favoráveis às discriminações positivas e, portanto, se opunham à iniciativa restritiva tentaram – sem êxito – obter uma ordem judicial para forçar um esclarecimento ao público de que a proposição proibiria não apenas “preferências” mas também as ações afirmativas. Como consequência da manobra terminológica, diversos

¹⁶⁴ Nesse sentido: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. 1996, p. 285; SARMENTO, DANIEL. In FERREIRA, Renato. 2011, p. 89; FARRON, Steven. 2014, posição 99; MENEZES, Paulo Lucena de. 2003, p. 39. SOWELL, Thomas, 2004, p. 4.; SILVA, Paulo Tadeu Gomes da. 2012, p. 156; FERREIRA, Dâmares. 2013, p. 153.

¹⁶⁵ KAUFFMANN, Roberta Frago Menezes. 2007, p. 169.

¹⁶⁶ De acordo com Randall Kennedy (2013, p. 17, posições 221-5), o termo “ação afirmativa”, quando usado pela primeira vez em contexto racial, se referia a empenho para reforçar a proibição de discriminação odiosa. Assim, em 1945, na lei de Nova Iorque que proibia discriminação racial no trabalho, havia previsão de que o réu culpado poderia fazer cessar a prática ilegal e tomar tal ação afirmativa, incluindo a contratação, restabelecendo ou promovendo empregados, como garantido.

¹⁶⁷ Randall Kennedy defende que o Presidente John F. Kennedy, ao empregar o termo na ordem executiva federal, pretendia tão somente endossar a aplicação rigorosa das normas anti-discriminatórias. Esta, segundo o autor, constitui uma versão antiga das ações afirmativas, que acabou sendo clandestinamente substituída por uma nova, que implica a concessão de preferência a minorias raciais. Nesse contexto, alguns críticos defendem que a expressão “ações afirmativas”, em verdade, foi sequestrada, já que originariamente denotava esforços para erradicar qualquer preferência pautada em raça e acabou ganhando exatamente o significado oposto – de tornar obrigatória tal prática. O autor, contudo, entende que se trata de fenômeno absolutamente recorrente na história: adaptar uma ideia e termos preexistentes à evolução das circunstâncias, para atingir fins iluminados por novos conhecimentos. (KENNEDY, Randall. 2013, posições 225-231).

¹⁶⁸ Como se verá mais adiante, a proposição, de iniciativa popular, foi aprovada por meio de votação popular e acabou por inserir na Constituição do Estado da Califórnia, nos Estados Unidos da América, a vedação à adoção de políticas de ação afirmativa. Este tema será desenvolvido mais adiante, no item 4.4.

eleitores que defendiam a manutenção de alguma forma de discriminação positiva acabaram por ajudar a vedação total de sua adoção¹⁶⁹⁻¹⁷⁰. Tal curiosidade, aliás, denota a extraordinária controvérsia e conseqüente litigiosidade que envolve o tema.

Gwénaële Calvès ressalta que, na França, também a pertinência da expressão é contestada. Alguns se recusam a utilizá-la defendendo que se trata de importação de termo dos Estados Unidos da América que remete ao comunitarismo. Outros sustentam que constitui uma contradição em termos, pois uma discriminação jamais pode ser positiva. No outro extremo, há quem entenda que a expressão é redundante, pois uma discriminação possui sempre uma face positiva (para aqueles que se beneficiam) e negativa (para os demais)¹⁷¹.

Há, de fato, um desacordo quanto à palavra discriminação. Para Enrique Ricardo Lewandowski “toda a seleção, em qualquer que seja a atividade humana, baseia-se em algum tipo de discriminação”¹⁷², havendo que se aferir, apenas, a legitimidade dos critérios empregados.

Debora Hellman destaca, no entanto, que o vocábulo é normalmente associado à conotação negativa. Segundo a autora, quando chamamos algo de “discriminação”, estamos criticando, entendendo que se trata de algo errado. E, embora também possa ser associado a algo positivo (como sinônimo de entendimento em determinado assunto), tal utilização acaba sendo marginal, oprimida pela conexão com discriminação odiosa¹⁷³⁻¹⁷⁴.

Mas a discriminação usada em sentido que abranja tanto a conotação positiva quanto a negativa é, ao mesmo tempo, onipresente e necessária. Basta observar que rotineiramente discriminamos as pessoas nas políticas públicas e leis, assim como nos negócios, no cenário escolar e na vida privada. Exigimos idade mínima para conceder licença para o indivíduo dirigir. As admissões em escolas ou empregos se baseiam em

¹⁶⁹ KENNEDY, Randall. 2013, posições 205-254.

¹⁷⁰ Sobre a influência na forma de redigir as consultas populares, v. URBANO, Maria Benedita. “Referendo nacional: o balanço possível de 20 anos de desconfianças”, in Volume de Homenagem a Sérvulo Correia, Coimbra, 2010.

¹⁷¹ CALVÈS, Gwénaële. 2010, pp 4-5.

¹⁷² LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, 2013, p. 128.

¹⁷³ HELLMAN, Deborah. 2011, p. 2.

¹⁷⁴ Nesse sentido, por exemplo, Roger Raupp Rios, que apenas considera o sentido negativo do termo: “Discriminação designa a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, originadas do preconceito, capazes de produzir violação de direitos contra indivíduos e grupos estigmatizados.” (RIOS, Roger Raupp. *In* FERREIRA, Renato. 2011. p. 225)

notas, cursos concluídos, habilidades específicas. Permitimos que filhos utilizem ou não determinado brinquedo com base na idade¹⁷⁵.

Os críticos das ações afirmativas defendem que a expressão, em verdade, constitui um eufemismo para “discriminação racial” e que os protocolos de admissão “pautados na diversidade” não passam de uma mentira¹⁷⁶⁻¹⁷⁷.

Para Randal Kennedy, esta alegação de “insinceridade” não é totalmente desprovida de fundamento. O autor critica a prática comum de se negar qualquer elemento de discriminação ou preferência em tais políticas, como chegou a fazer o Presidente Barack Obama, ao dizer que as ações afirmativas, quando estruturadas apropriadamente, podem abrir oportunidades que de outra maneira estariam fechadas para as minorias qualificadas, sem diminuir oportunidades para os estudantes brancos. Ora, se as vagas em universidade e em locais de trabalho são escassas, esforços especiais destinados a minorias raciais irão necessariamente diminuir as oportunidades dos brancos, ainda que minimamente¹⁷⁸.

Para o estudioso, convicto defensor das medidas, as ações afirmativas realmente distinguem as pessoas com base na raça, constituem forma de discriminação e distribuição de recursos, favorecem determinadas categorias de candidatos, promovendo alguns componentes de minorias raciais em detrimento de brancos que possuem melhor desempenho, geram estigmas e ressentimentos. E tais características não devem ser suavizadas por truques retóricos, mas sim apropriadamente debatidas, lutando abertamente com esses dilemas¹⁷⁹.

Gwénaële Calvès¹⁸⁰ também critica esse caráter camuflado das ações afirmativas, já que os textos legais, disposições constitucionais e tratados internacionais acabam por designá-la de maneira evasiva, mais amena. E lamenta a falta de empenho em encontrar uma expressão que caracterize o fenômeno de modo claro e preciso: trata-se de uma medida que tem objetivo positivo (promover igualdade plena e efetiva), mas que, para tanto, utiliza a lógica mesma da discriminação.

¹⁷⁵ HELLMAN, Deborah. 2011, p. 2.

¹⁷⁶ KENNEDY, Randall. 2013, p. 16, posição 218.

¹⁷⁷ Nesse sentido é a lição de Steven Farron (2014, posição 7), para quem a ação afirmativa é o eufemismo padrão para o tipo de discriminação destinada a resolver o persistente problema do desigual sucesso dos grupos étnicos e/ou raciais.

¹⁷⁸ KENNEDY, Randall. 2013, p. 18, posições 235-241.

¹⁷⁹ KENNEDY, Randall. 2013, pp. 18-19 posições 241-244.

¹⁸⁰ CALVÈS, Gwénaële. 2010, pp. 24-26.

E, como ressalta a autora, uma discriminação se caracteriza necessariamente por dois componentes: causa prejuízos e tem aplicação na distribuição de um bem que é normalmente pautada por um critério visto como legítimo e juridicamente protegido. Em outras palavras, é marcada por um dano decorrente de uma decisão fundada em um critério ilegítimo. E esses componentes estarão presentes, independentemente do eufemismo ao redor, no caso das discriminações positivas¹⁸¹.

O surgimento das ações afirmativas é normalmente atribuído à Índia, onde existiriam desde os tempos de colônia britânica, havendo, após a independência em 1947, a expressa menção em dispositivo constitucional, de modo a assegurar tratamento preferencial aos *dalits* (popularmente conhecidos como intocáveis), a determinados grupos tribais e, ainda, a outras classes de desenvolvimento retardado¹⁸².

Embora tenha sido a Índia a pioneira, é comum encontrar referências aos Estados Unidos da América como berço de tais medidas^{183 - 184}, talvez porque lá tenham efetivamente encontrado ambiente propagador, havendo profusão de estudos sobre o

¹⁸¹ Para a autora, isso significa que um critério em geral proibido acaba por ser levado em consideração para favorecer determinados indivíduos, em detrimento de outros competidores que não são dotados das mesmas características. Um prefeito poderá ser nomeado por ser muçulmano, um professor de matemática contratado por ser negro e uma candidata lançada na política por ser mulher. Mas com um diferencial: o objetivo, diferentemente do que tradicionalmente se verifica com o uso de tais critérios, não é excluir ou marginalizar, mas sim promover a integração. A discriminação positiva pretende ser um antídoto. Cria juridicamente uma discriminação, para reequilibrar, de fato, as situações de desigualdade estruturais entre os diferentes grupos sociais.

¹⁸² Claudio Pereira de Souza Neto (2011, pp. 38-9) menciona que ainda na época da colonização foram adotadas medidas afirmativas na Índia, embora o objetivo muitas vezes estivesse associado ao enfraquecimento dos colonos frente ao domínio inglês e não propriamente à preocupação social de inclusão de minorias. De toda sorte, as medidas de discriminação positiva passaram a integrar a própria Constituição, após a independência (1947), sendo comumente associadas ao princípio das políticas de discriminação positiva. Daniel Sarmento aponta a Índia como “primeira experiência relevante” no tema (2011, p. 87), embora ressalte que a mais conhecida é norte-americana. Gwénaële Calvès (2010, p.10) cita a Índia como pioneira, a partir do dispositivo inserido na Constituição, que se destinava a promover o progresso socioeconômico de três distintos grupos: os dalits, membros de determinadas tribos excluídas do sistema de castas e, ainda, classes de cidadãos social ou culturalmente atrasados. Thomas Sowel (2004, p. 23) assevera que a Índia é o país que há mais tempo faz uso das ações afirmativas, já que elas começaram ainda nos tempos de colônia britânica e foram inseridas na Constituição quando da independência em 1947.

¹⁸³ V. BARBOSA GOMES, Joaquim B. e SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. p. 90; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, 2003, p. 77. Ainda sobre a origem, Roberta Kauffman ressalta que as ações afirmativas nos Estados Unidos não surgiram com a conotação atualmente conhecida de medidas destinadas à inclusão de minorias, mas como políticas institucionalizadas de simples combate à discriminação. (2007, p. 169 e 171).

¹⁸⁴ Como exemplo da referência aludida: MOURA, Luma Ferreira. 2013. p 143; ALMEIDA, Luciana Dayoub Ranieri de. 2011, p. 59; ALBERTO, Ana Paula. 2010. p 183; MOTA, Fabrício. 2014, pp. 57-58; JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas Andrade. 2011, p. 211.

tema¹⁸⁵. Como se verá mais a seguir, as ações afirmativas surgiram como forma de combater os efeitos do nefasto sistema Jim Crow, que institucionalizou a segregação racial no país até à década de 50, gerando incontáveis e acirrados debates que perduram até hoje.

Ao longo do tempo, todavia, as políticas de discriminação positiva não se restringiram a tais países, tendo se disseminado pelo mundo inteiro¹⁸⁶. África do Sul, Austrália, Nova Zelândia, França e Brasil¹⁸⁷ são apenas alguns dos locais onde houve adoção de algum tipo de medida afirmativa, na tentativa de proteger certo grupo considerado discriminado.

Sinal desta difusão, as ações afirmativas encontram previsão em alguns instrumentos internacionais, como nos artigos I, parágrafo 4° e II, parágrafo 2° da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial¹⁸⁸, a qual conta atualmente com mais de 87 países signatários e 177 participantes¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Especificamente sobre o surgimento das ações afirmativas nos Estados Unidos, v., dentre muitos, KAUFMANN, Roberta Frago Menezes, 2007, pp. 168-179; TAVARES, André Ramos, 2003, pp. 287-304; BOWEN, Deirdre e Eriksson Jessica, *In FERREIRA, Renato*, 2011, pp. 337-358; MOURA, Luma Ferreira, 2013, pp. 143-148; KENNEDY, Randall. 2013, posições 338-1264; RIOS, Roger Raupp. *In FERREIRA, Renato*, 2011, pp. 231-235.

¹⁸⁶ Thomas Sowell (2004, p. 01) salienta que preferências fundadas em grupos e cotas existem há tempos em países com histórias e tradições distintas e que ironicamente possuem como uma das características mais comuns o fato de reclamarem ou reivindicarem uma especificidade nacional.

¹⁸⁷ Na África do Sul destinaram-se a diminuir os efeitos da discriminação racial antes institucionalizada pelo *apartheid*, na Austrália procurou-se promover a inclusão dos aborígenes, e, na Nova Zelândia, dos maoris. <http://www.unicef.org/brazil/pt/media_17693.htm> Acesso em 13.04.2013. Na França, são observadas no mercado de trabalho, na esfera eleitoral e no planejamento territorial (CALVÈS, Gwénaële, 2010, p. 61). E ainda foram adotadas em diversos outros países, como Sri Lanka, Nigéria, Malásia, Indonésia, Israel, China, Fiji, Paquistão, Canadá (SOWELL, Thomas. 2004, p. 02).

¹⁸⁸ Artigo I

4. Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

Artigo II

2) Os Estados Partes tomarão, se as circunstâncias o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, as medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos em razão dos quais foram tomadas.

¹⁸⁹ A relação pode ser conferida no sítio eletrônico das nações unidas (acesso em 14 de julho de 2014): (https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&lang=en).

E no artigo 4º, parágrafo 1º, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher¹⁹⁰, da qual 99 são signatários e 188 partícipes¹⁹¹.

Determinadas Constituições nacionais também trazem em seu bojo disposições a seu respeito¹⁹². É o caso, por exemplo, da Constituição Sul-Africana, que na seção 9(2) estabelece: “Igualdade inclui o exercício pleno e equitativo de todos os direitos e liberdades. Para promover a realização da igualdade, medidas legislativas e outras destinadas a proteger ou desenvolver pessoas, ou categorias de pessoas, prejudicadas pela discriminação injusta podem ser tomadas”¹⁹³. A Lei Fundamental Indiana, por sua vez, institui uma exceção expressa ao tratamento equânime para as políticas destinadas a ajudar os segmentos desfavorecidos da população¹⁹⁴. Do mesmo modo, a Carta Canadense – Seção 15(1) – também deixa evidente que medidas destinadas a melhorar as condições de indivíduos ou grupos desfavorecidos não constituem uma violação à garantia da igualdade¹⁹⁵.

Na América do Sul¹⁹⁶, a Constituição da Colômbia prevê, no artigo 171, a representação de indígenas no Senado e, no artigo 176, a possibilidade de a lei estabelecer uma circunscrição especial para assegurar a participação, na Câmara de Representantes, de representantes de grupos étnicos e das minorias políticas. E a Constituição do Equador, em seu artigo 11.2, prescreve a adoção de medidas afirmativas, para promover a igualdade, em favor daqueles que estejam em situação de desigualdade¹⁹⁷.

A inserção clara da estrutura básica das ações afirmativas nos textos constitucionais, se não é capaz de por fim às discussões, dada a natureza controversa

¹⁹⁰1. A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.

2. A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais, inclusive as contidas na presente Convenção, destinadas a proteger a maternidade, não se considerará discriminatória.

¹⁹¹ A relação pode ser conferida no sítio eletrônico das Nações Unidas (acesso em 09 de setembro de 2014): https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en

¹⁹² Além das citadas no corpo do texto, também trazem disposições a respeito, segundo J. Faundez (1994, p. 27), as Constituições da Namíbia, Malásia e Fiji.

¹⁹³ FREDMAN, Sandra, 2013, p. 455 e KENDE, Mark S. 2009, p. 163.

¹⁹⁴ SOWELL, Thomas. 2004, p. 23.

¹⁹⁵ FREDMAN, Sandra, 2013, p. 456.

¹⁹⁶ Tanya Katerí Hernández (2012, p. 150) ressalta que, na América Latina, a disponibilidade de programas de ações afirmativas é bastante limitada, quando comparada com os Estados Unidos da América, onde um sem número de empregadores, universidades e entidades estatais adotam políticas nesse sentido.

¹⁹⁷ HERNÁNDEZ, Tanya Katerí. 2012, p. 148.

daquelas, ao menos intensifica a sua legitimidade política. De toda sorte, a ausência de explícita menção na Carta Magna, não impede, por si só, a implementação das discriminações positivas¹⁹⁸.

No Brasil, no cenário infraconstitucional¹⁹⁹ há verdadeira profusão de leis²⁰⁰. Circunscrevendo-nos à esfera federal, podemos citar a Lei Federal n° 9.100/95 (alterada pela lei n° 9.504/97), que estabeleceu cotas para mulheres no cenário político; a Lei Federal n°. 12.711/2012, que impôs cotas para candidatos egressos de escolas públicas no ensino médio e autodeclarados pretos, pardos e indígenas; e a Lei Federal n° 12.990/2014, que institui cotas raciais para concursos públicos destinados ao ingresso em cargos e empregos públicos na Administração Pública Federal.

Para Luciana Dayoub Ranieri de Almeida, “é no exercício da função legislativa que encontram as ações afirmativas a sua principal fonte de implementação, visto que à atividade legiferante compete inovar na ordem jurídica, criando em caráter inaugural direitos e obrigações aos indivíduos”²⁰¹.

Todavia, não necessariamente as medidas preferenciais são materializadas em leis²⁰²⁻²⁰³. O Poder Executivo pode ser responsável pela implementação direta de tais

¹⁹⁸ FAUNDEZ, J. 1994, pp. 27-28.

¹⁹⁹ Apesar do caráter analítico (ou prolixo) da Constituição Brasileira, esta não contém dispositivo que trate genericamente da possibilidade de adoção de políticas de ação afirmativa, embora contenha disposição específica em relação à reserva de vagas para ingresso em cargos e empregos públicos destinadas a deficientes físicos (artigo 37, VIII).

²⁰⁰ Para Tanya Katerí Hernández (2012, p. 151), o Brasil é o país da América Latina com o maior número de políticas baseadas em critérios raciais destinadas a afrodescendentes.

²⁰¹ ALMEIDA, Luciana Dayoub Ranieri de. 2011, p. 105-6.

²⁰² “No plano concreto, as políticas de ação afirmativa voltam-se, preponderantemente, para as áreas de educação, emprego, moradia, contratos públicos e dispêndios de recursos públicos, sendo usualmente definidas e implementadas da seguinte forma:

a) Leis ou regulamentos: referidas políticas costumam ser estabelecidas ou autorizadas quer por meio de leis formais, emanadas dos Parlamentos, quer por intermédio de regulamentos, observando-se as competências definidas em cada ordenamento jurídico e o alcance que se pretende conferir a tais políticas.

b) Políticas voluntárias: em diversos países, a adoção voluntária de políticas de ação afirmativa por empresas e organizações privadas não só é admitida, como é incentivada. Nos Estados Unidos, por exemplo, a Equal Employment Opportunity Commission - EEOC disponibiliza informações sobre as formalidades que precisam ser necessariamente respeitadas, para que os procedimentos encampados pelos empregadores estejam em consonância com a orientação judicial prevalecente e com a legislação em vigor - especialmente com o disposto no Título VII do Civil Rights Act de 1964 - e para que não sejam considerados práticas discriminatórias. Já no Canadá o Canadian Human Rights Act autoriza a adoção, por parte de particulares, de medidas que se enquadrem no conceito de ação afirmativa (section 16(1)), atribuindo à Human Rights Commission competência para exarar recomendações gerais no que se refere aos objetivos desejáveis para estes programas, planos ou disposições especiais (section 16(2)(a)), bem como para orientar, quando consultada, os interessados a respeito do tópico (section 16(2)(b)). Referida comissão também é competente para aprovar determinados programas de ação afirmativa.

medidas²⁰⁴. Por sua vez, o Poder Judiciário (provocado pelo Ministério Público, instituições civis ou qualquer cidadão) pode tomar decisões judiciais que constituem verdadeiras ações afirmativas. Já a sociedade civil pode adotar voluntariamente medidas de admissão, contratação, promoção, qualificação profissional e composição dos quadros diretivos empresariais, independentemente de serem compelidas a isso por lei²⁰⁵.

As mais conhecidas políticas são as adotadas em função de critérios étnico-raciais, porém as ações afirmativas podem possuir “alvos” nos segmentos mais diversos da sociedade, existindo exemplos de medidas destinadas a proteger deficientes físicos, mulheres, estrangeiros (ou seus descendentes), dentre outros²⁰⁶. A verdade é que as ações afirmativas podem ser destinadas a todos aqueles segmentos sociais que sofrem ou

c) Decisões judiciais: especialmente nos ordenamentos jurídicos que se filiam ao sistema da Common Law, os órgãos do Poder Judiciário terminam desempenhando um papel relevante, uma vez que possuem competência não só para decidir acerca da legalidade das políticas de ação afirmativa, mas também para definir e aplicar, por intermédio de suas decisões, medidas com este perfil. Nos Estados Unidos, por exemplo, a Suprema Corte reconheceu a competência dos órgãos jurisdicionais federais de primeira instância para impor programas de ação afirmativa, incluindo a fixação de critérios específicos para a contratação e promoção de funcionários nos casos em que empregadores praticaram discriminações por um longo período e de forma sistemática. Uma decisão semelhante foi proferida pela Suprema Corte do Canadá no caso *Canadian National Railways Company v. The Canadian Human Rights Commission*.” (MENEZES, Paulo Lucena de. 2003, pp. 39-40)

²⁰³ Para Rafael de Freitas Schultz Ribeiro (2011, p. 170), as ações afirmativas devem sempre se materializar em normas jurídicas, de nível leal ou infralegal. E argumenta: “Qualquer ato do governo voltado a motivar ações antidiscriminatórias da sociedade – seja por incentivos fiscais e campanhas de conscientização seja por qualquer outro ato, embora válido e bem-vindo – corre o risco de não obter o resultado esperado, ou resultado algum. Foge, contudo, da ideia de ação afirmativa aquilo que se limita a motivar determinada solução, quando deveria, de fato, solucionar. No momento em que o Estado se ergue da sua inércia e se posiciona na história como força atuante na solução de realidades de discriminação, este deve atuar não com a garantia, mas, ao menos, com a pretensão de não falhar, de ser efetivo, pois os grupos sociais discriminados não devem ficar sujeitos a uma possível protelação da injustiça que sofrem.”

²⁰⁴ Normalmente os Estados optam pela combinação de atos legislativos e administrativos para a implementação dos programas de ação afirmativa (FAUNDEZ, J. 1994, p. 28).

²⁰⁵ FILHO, Penildon Silva. 2014, posições 171-182.

²⁰⁶ Em Portugal, a IV Revisão Constitucional alterou a redação do artigo 109 da Constituição da República, prevendo a adoção de práticas tendentes a promover a igualdade de direitos políticos entre homens e mulheres. Seria dever constitucional do legislador, portanto, editar um mínimo de medidas positivas com o intuito de diminuir ou exterminar a desigualdade real neste âmbito. (MOREIRA, Vital, 1998, pp. 410 e 413). Na Irlanda do Norte, a segregação profissional foi associada à religião. Esta foi considerada como um fator significativo no mercado de trabalho, constatando-se maior desemprego entre católicos, em comparação com os protestantes. Em consequência, foram adotadas medidas tendentes a atenuar esta diferença, tendo havido adoção de discriminação direta no recrutamento para a polícia (Police Act 2000, Northern Ireland) (MCHARG, Aileen e NICHOLSON, Donald. 2006, p. 3-4). No Brasil, há uma política pública de integração de pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho, existindo previsão expressa de reserva de cotas em concursos públicos destinados ao acesso a cargos e empregos públicos (v.g., art. 5º da Lei Federal 8.112/90; art. 37, § 1º do Decreto Federal nº 3.291/99), bem como imposição de percentual mínimo de empregados com deficiência a serem contratados por empresas privadas (artigo 93 da Lei Federal 8213/91). A lei complementar nº 142/2013 garante a aposentadoria de pessoas portadoras de deficiência com menos tempo de contribuição à Previdência Social.

sofreram discriminação e, por tais motivos, se veem privados de direitos fundamentais²⁰⁷⁻
208.

Não obstante as especificidades nacionais e culturais, as medidas preferenciais intervêm em domínios muito semelhantes nos diversos países, já que se destinam a facilitar o acesso a recursos indispensáveis ao desenvolvimento socioeconômico. Em geral, tais recursos são: emprego, capital, educação, propriedade (urbana ou rural) e as funções políticas²⁰⁹.

Educação, arriscamos a dizer, é o âmbito de atuação em que as ações afirmativas são mais conhecidas²¹⁰. É comum a confusão entre estas e as políticas de cotas em universidades²¹¹. Trata-se, no entanto, de “simplificação incorreta da realidade”²¹². Existem inúmeras outras técnicas²¹³, como concessão de auxílios, estímulo fiscal, instituição de benefícios sociais, preferências em aquisições públicas²¹⁴, e, como adiantado

²⁰⁷ WILLEMANN, Flavio de Araujo e COELHO, Bernardo Bichara. 2011, p. 242.

²⁰⁸ “Assim, mais adequado seria conceituar ação afirmativa como medida especial criada com base em qualquer critério de discriminação cujo objetivo seja beneficiar grupo social em situação de exclusão decorrente de qualquer critério de discriminação.” (SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. 2012, p. 158)

²⁰⁹ GWENAELE, Calvés. 2010, pp. 25-32.

²¹⁰ A educação é vista como condição imprescindível para que o indivíduo seja capaz de entender os fenômenos da vida e eleger e materializar seus conceitos, desenvolvendo suas capacidades. De tal modo que se defende que a democratização do ensino é absolutamente essencial para um grau maior de progresso pessoal e coletivo (IKAWA, Daniela. 2008, p. 16.; SANTOS, Sandra Gomes dos. 2003, p. 329).

O intenso interesse nas ações afirmativas nas faculdades e universidades de ponta nos Estados Unidos da América, onde as vagas são escassas e a competição acirrada, advém do fato de estas constituírem verdadeiros portões para oportunidades, socialização e certificação. Isso explica, segundo Kennedy Randall Kennedy (2013, p. 14, posição 184), o motivo de as lutas nesta seara se tornarem as mais significativas disputas judiciais, o objeto de estudos e teses mais influentes na literatura da ação afirmativa e a mais importante das campanhas eleitorais contra a suposta discriminação reversa.

²¹¹ SOUZA, Wilton Santos. 2011, p. 285-6; RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi e PEREIRA JÚNIOR, Altomar Constante 2013, p. 119; VIEIRA, Andrea Lopes da Costa. In SANTOS, Ivanir dos. e ROCHA, José Geraldo da. 2007, p. 93.

²¹² A associação pode ser “carregada de sentido negativo”, considerando a rejeição de tal modalidade pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América e, ainda, a reclamação de que cotas são “insensíveis às realidades individuais de cada sujeito na alocação de benefícios” (RIOS, Roger Raupp. In FERREIRA, Renato (Coord). 2011. p. 234). Mas há quem defenda as cotas, por se tratar de técnica objetiva e transparente: “A forma mais fácil, justa e eficiente de administrar a discriminação racial seria por meio de cotas. E a proporção desejada de asiáticos, hispânicos e negros poderia ser obtida através de patamares diferenciados para cada grupo”. (FARRON, Steven. 2014. posições 2428-2433. Tradução livre)

²¹³ Importante observar que as técnicas, por si só, não necessariamente constituem ações afirmativas. Na França, por exemplo, a técnica de “reserva de postos” é bastante utilizada sem que se caracterize sempre discriminação positiva. Concursos internos para funções públicas, empregos proibidos a estrangeiros ou empregos reservados são exemplos de tal técnica aplicada com objetivos diferentes: promoção social, política protectionista e política de inserção, respectivamente (GWÉNAËLE, Calvés, 2010, p. 31).

²¹⁴ “Uma observação importante no que se refere às modalidades de programas positivos é que estas não podem ser reduzidas à fixação de cotas. As cotas são apenas um dos mecanismos existentes na aplicação da política de proteção às minorias desfavorecidas, e podem aparecer não somente com a reserva de vagas no vestibular, para ingresso nas Universidades, mas ainda na porcentagem de empregos para determinados grupos. É preciso destacar, no entanto, que existem diversas outras modalidades de medidas positivas, como

acima, outros espaços de intervenção.

Calvés Gwënale diz que as discriminações podem ser organizadoras das regras de concorrência, quando há competição com condições mais favoráveis, como, por exemplo, dispensando-se do cumprimento de determinado requisito; e suspensivas das regras de concorrência, nas hipóteses em que há reserva de posto, estabelecimento de cotas ou realização de concurso diferenciado para determinado segmento social²¹⁵.

É possível identificar uma certa evolução conceitual no que se refere às formas de manifestação das ações afirmativas^{216_217}.

Primeiramente, foram concebidas como mero encorajamento, incentivo por parte do Estado, configurando medidas “fracas” (*weak*) ou “suaves” (*soft*). Randal Kennedy aponta como exemplo de medida “suave” o recrutamento direcionado levado a efeito por algumas universidades americanas para incentivar candidaturas de estudantes que poderiam se abster de se inscrever para uma vaga por falta de familiaridade ou por saber que candidatos pertencentes a minorias foram, no passado, alvo de discriminação²¹⁸. Paulo Lucena de Menezes menciona, ainda, o treinamento e a assistência educacional promovidos por alguns empregadores²¹⁹.

Posteriormente, passaram a tomar corpo medidas mais drásticas, marcadas pela imposição de cotas de acesso ao sistema educacional, ao mercado de trabalho, aos cargos públicos e políticos, chamadas “fortes” (*strong*) ou “duras” (*hard*)²²⁰. Para Randal Kennedy, tais medidas se caracterizam por reservar oportunidades exclusivamente para membros de um grupo; selecionar pessoas de determinado grupo em detrimento de competidores que possuem melhores credenciais; ou negar antiguidade para proteger

bolsas de estudo, reforço escolar, programas especiais de treinamento, cursinhos pré-vestibulares, linhas especiais de crédito e estímulos fiscais diversos que levem em conta a raça como fator de segregação.” (KAUFMANN, Roberta Frago Menezes, 2007, p. 227)

²¹⁵ GWENAELE, Calvés. 2010, pp. 25-32.

²¹⁶ BARBOSA GOMES, Joaquim B. e SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. p. 94.

²¹⁷ No âmbito do mercado de trabalho, Lisa M. Leslie, David M. Mayer e David A. Kravitz (2014, p. 966) apontam a intensificação de oportunidades, com maior direcionamento de recursos para o público-alvo, mas sem preferência na contratação, como a medida mais fraca. Um pouco mais intenso é o tratamento preferencial fraco, que permite a preferência na decisão de contratar, mas a condiciona à equivalência de qualificação com os não beneficiários da medida. E, como medida forte, que permite a contratação de um beneficiário menos qualificado do que outro concorrente, desde que possua uma qualificação mínima.

²¹⁸ KENNEDY, Randall. 2013, pp. 19-20, posições 248-263.

²¹⁹ MENEZES, Paulo Lucena de. 2003, p. 39.

²²⁰ A nomenclatura “soft/weak” e “hard/strong” pode ser verificada em MCHARG, Aileen e NICHOLSON, Donald. 2006, p. 2.

contratação de jovens precedentes de determinados grupos²²¹. E, como bem observado pelo autor, quanto mais intensa for a política, maior a resistência que provoca.

Os fundamentos largamente indicados para justificar a adoção de políticas afirmativas serão tratados especificamente a seguir.

3.2 – As bases teóricas

Inúmeros são os fundamentos utilizados para justificar a adoção de ações afirmativas, os quais, segundo Randal Kennedy, em uma visão holística, “formam um todo maior do que a simples soma das partes”²²². Razões lógicas inteiramente díspares são utilizadas em diferentes sociedades para embasar programas que compartilham características muito similares e frequentemente levam a resultados bastante parecidos²²³.

De um modo geral, os argumentos seguem três vertentes²²⁴: (i) reparação histórica ou justiça compensatória; (ii) justiça distributiva; e (iii) promoção da diversidade. Embora existam variações^{225 - 226}, sobretudo por desmembramento de um destes precedentes, acreditamos que a apresentação em três partes é suficientemente didática e esclarecedora. De se ressaltar, desde logo, no entanto, que, em algum aspecto, elas acabam por se comunicar, não sendo absolutamente estanques.

²²¹ KENNEDY, Randall. 2013, pp. 19-20 posições 248-263.

²²² KENNEDY, Randall. 2013, p. 78, posições 1265-1267.

²²³ SOWELL, Thomas. 2004, pp. 01-02.

²²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Cotas; KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes, 2007, p. 222-233; SILVA, Celso de Albuquerque, 2009, p. 50; WILLEMANN, Flavio de Araujo e COELHO, Bernardo Bichara. 2011, p. 241; MENEZES, Paulo Lucena de. 2003, p. 40.

²²⁵ Daniel Sarmiento (*In FERREIRA, Renato. 2011, pp. 84-87*) desmembra a “diversidade” e, com isso, identifica 4 (quatro) fundamentos para as ações afirmativas: (i) justiça compensatória; (ii) justiça distributiva; (iii) promoção do pluralismo; e (iv) fortalecimento da identidade e autoestima do grupo favorecido. Randall Kennedy (2013, p. 78, posição 1267) apresenta diferente visão a respeito dos 4 (quatro) fundamentos, que seriam: (i) buscar a justiça reparatória; (ii) criar diversidade; (iii) facilitar a integração; e (iv) combater o preconceito racial em curso. Já Roger Raupp Rios (*In FERREIRA, Renato. 2011, pp. 236-240*) apresenta cinco espécies de argumentos, com base no entendimento da Suprema Corte Norte-Americana, quais sejam: (i) o combate aos efeitos presentes da discriminação passada; (ii) a promoção da diversidade; (iii) a natureza compensatória ou reparatória das ações afirmativas; (iv) a criação de modelos positivos para os estudantes e as populações minoritárias; e (v) a provisão de melhores serviços às comunidades minoritárias.

²²⁶ Claudio Pereira de Souza Neto e João Feres Junior (*In FERREIRA, Renato. 2011, pp. 37-39*) afirmam que a repartição tripartite das justificações das ações afirmativas possui gênese na experiência dos Estados Unidos da América. E contam que, no contexto indiano, quatro princípios de justificação podem ser identificados: (i) compensação por injustiças cometidas no passado contra um dado grupo social; (ii) proteção dos segmentos mais fracos da comunidade; (iii) igualdade proporcional, que reflete a ideia de que as oportunidades de educação e emprego devem ser distribuídas de modo proporcional ao tamanho relativo de cada grupo na sociedade total; e (iv) justiça social, na qual se encaixa o conceito de justiça distributiva. Ressaltam, no entanto, a convergência das categorias com a catalogação norte-americana.

Ademais, como se verá, nenhuma justificativa, por si só, pode ser considerada perfeita para sustentar as ações afirmativas. Todas possuem contrapontos que estão longe de ser insignificantes ou desprovidos de razão mínima. O conjunto dos fundamentos, no entanto, deve ser considerado satisfatório para embasar a adoção de medidas que efetivamente buscam modificar e melhorar a realidade social, de modo a atingir uma igualdade minimamente substancial e solidária.

3.2.1 – Reparação histórica ou justiça compensatória

A Justiça Compensatória se baseia na ideia de correção de injustiças ou falhas pretéritas, cometidas contra indivíduos, ora por particulares, ora pelo governo²²⁷. Há, aqui, uma noção de dívida histórica com os grupos que, no passado, foram objeto de discriminação e de tratamentos aviltantes, muitas vezes desumanos, como o exemplo clássico da escravidão praticada contra os negros²²⁸⁻²²⁹.

Em um exame retrospectivo, observa-se que determinados segmentos sociais foram objeto de injustiças verdadeiramente absurdas, cujos efeitos nocivos foram perpetuados ao longo do tempo²³⁰. Busca-se, portanto, adotar medidas preferenciais que neutralizem os males causados e gerem redenção.

O argumento, embora utilizado em diversos países, com passados distintos, é tanto

²²⁷ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes, 2007, p. 222.

²²⁸ Demonstra a fundamentação da ação afirmativa em reparação histórica, o seguinte trecho: “Diante dessas premissas, evidente a necessidade da adoção de políticas para beneficiar a comunidade negra (ações afirmativas), reparando as injustiças cometidas na época da escravidão, eliminando o racismo e oferecendo-lhes condições para sair da pobreza a que foram condenados por aqueles que se beneficiaram de sua mão-de-obra sem nada pagar e que contribuíram, sejam por ações, sejam por omissões para a manutenção desse quadro social” (SANTOS, Sandra Gomes dos. 2003, p. 329).

²²⁹ Cláudio Pereira de Souza Neto (2011, p. 45) observa que, não obstante o apelo moral, o argumento da reparação parece nunca ter sido a real justificativa para a implementação das ações afirmativas nos Estados Unidos, uma vez que estas, desde o princípio, eram abertas a qualquer tipo de minoria, vítima de discriminação. Como exemplo, cita que a faculdade de medicina da Universidade da Califórnia, possuía cotas para asiáticos, chicanos, índios, além dos negros. Sobre a política implementada nesta faculdade, Randall Kennedy (2013, p. 53, posições 786-789) apresenta os seguintes dados: em 1973 nenhum negro ou mexicano foi admitido no programa de admissão regular, mas 06 dos primeiros e 8 dos últimos lograram êxito no especial. Já em 1974, o programa tradicional geraria a admissão de 04 chicanos e nenhum negro, mas diante do programa especial 06 destes e 07 daqueles ingressaram.

²³⁰ Vicent Verdun ressalta que a crença da inferioridade inata do afrodescendente, que justificou a instituição da escravidão nos Estados Unidos da América, ainda era vigente quando houve a decisão que pôs fim à doutrina do “separados, mas iguais”, em 1954. Os afrodescendentes continuavam a ser descritos com referências subumanas, que não soavam ofensivas nem para o locutor nem para o ouvinte, só havendo alteração da mentalidade da sociedade mais tarde, quando se passou a compreender que a segregação era errada. (VERDUN, Vicent. 2008, p. 153)

mais convincente quanto mais recente for o histórico de discriminação, como, por exemplo, nos Estados Unidos da América e na África do Sul, nos quais o fim da política segregacionista não possui mais do que 60 (sessenta) anos.

Nos Estados Unidos da América, o perverso sistema “Jim Crow”²³¹, responsável pela segregação institucionalizada²³² entre negros e brancos, prevaleceu por muitos anos, difundindo a ideia de inferioridade dos negros e de discriminação legítima e legal. O regime não apenas foi oficializado e estimulado por diversas leis e atos administrativos, mas chancelado pela Suprema Corte.

Famoso é o caso *Plessy vs. Ferguson* (1896), considerado marco da segregação racial no país, no qual se julgou constitucional o Estatuto da Louisiana de 1890 que previa, no transporte por estradas de ferro, acomodações separadas para os brancos e para as pessoas de cor. Inúmeras outras decisões judiciais amparando o cruel regime foram proferidas até à revisão da doutrina “separate but equals”, na década de 50. Nesta “virada”, destaca-se o julgamento do caso *Brown v. Board of Education*, em 1954, no qual foi reconhecida a impossibilidade de segregação no campo da educação pública.

A partir de 1960, percebendo que, diante do histórico de segregação institucionalizada, a simples proibição de discriminação racial não seria suficiente para assegurar aos negros o direito à igualdade²³³, políticas públicas destinadas a promover a inclusão daqueles passaram a ser adotadas, sendo atribuídas, em sua origem, especialmente aos Presidentes Kennedy e Lyndon Johnson.

²³¹ O termo Jim Crow tem origem associada a um personagem interpretado por Thomas Dartmouth Rice, que pintava o rosto de negro com cortiça queimada e agia de forma caricatural conforme estereótipo negativo da época, em que os negros eram considerados seres inferiores. O nome, em verdade, advém de uma música intitulada “Jim Crow”, composta pelo artista. A sua rotina de música e dança foi um sucesso surpreendente, levando a sua performance para lugares como Nova Iorque, Londres e Dublin. O termo passou a ser utilizado como epíteto racial coletivo para os negros e a popularidade do menestrel certamente ajudou a propagação da expressão como injúria racial. Disponível em <<http://www.ferris.edu/jimcrow/who.htm>>. Acesso em 09 de setembro de 2014.

²³² Lesley Jacobs (2013, p. 137) ressalta que o governo federal exerceu importante papel na perpetuação da segregação racial no mercado de trabalho e na sufocação da integração dos afrodescendentes na economia industrial emergente na primeira metade do século XX. Não apenas os serviços militares e civis eram segregados, mas as profundas intervenções governamentais no mercado de trabalho privado excluíram os afrodescendentes. Programas como o Serviço de Emprego dos Estados Unidos, de 1933, que objetivava auxiliar os desempregados a encontrar empregos, também eram segregacionistas e ajudavam os negros apenas nas ocupações tradicionalmente destinadas a eles, as quais pertenciam a segmento econômico de baixa remuneração. Do mesmo modo, programas governamentais de aprendizado, que constituíam a porta de entrada para trabalhos qualificados e para o comércio nos Estados Unidos da América, praticamente excluíam os afrodescendentes.

²³³ Bem observou Randall Kennedy (2013, p. 46, posições 678-681) que “o término da política segregacionista conhecida como Jim Crow, apesar de importante, deixou intactas dinâmicas culturais, econômicas e políticas que continuaram a prender as pessoas de cor à base da pirâmide social americana.”

Na África do Sul, o colonialismo, o patriarcado e o *apartheid* levaram a práticas e leis racistas e sexistas, resultando em desigualdade sistêmica e estrutural²³⁴. Em 1948, após eleições gerais, o governo segregacionista assumiu o poder e deu início à política oficial que dividia os habitantes em grupos raciais (negros, brancos e “de cor”). Durante o regime, leis estabeleciam classificação racial, proibiam o casamento inter-racial, separavam, de acordo com a raça, os sistemas educacional, de saúde, serviços públicos em geral e, ainda, as zonas de habitação. Os negros chegaram a ser privados de sua cidadania, da década de 1970 em diante²³⁵.

A partir de 1990 iniciou-se a derrocada do regime segregacionista, extinto em 1994 com a posse de Nelson Mandela como Presidente da República, após eleições democráticas e multirraciais. Reconhecendo as injustiças do passado e a necessidade de estabelecer uma sociedade baseada em liberdade, dignidade e igualdade (formal e substancial) a Constituição Sul-Africana preparou o terreno para ações afirmativas²³⁶. Não proibiu toda e qualquer discriminação. Ao revés, distinguiu a justa da injusta, de modo que as leis destinadas à assistência dos historicamente desfavorecidos recebem deferência judicial²³⁷.

Atentas aos efeitos do *apartheid* e do patriarcado, as leis sul-africanas admitem a desigualdade para negros, mulheres e deficientes como categorias de pessoas que foram discriminadas no passado. Não por outra razão, as medidas preferenciais no país são voltadas primordialmente para os cidadãos, muito embora alguns não-cidadãos também tenham sido afetados negativamente pelo regime segregacionista, como trabalhadores imigrantes de outros países africanos. Sustenta-se que o foco primário das ações afirmativas nos cidadãos não enseja discriminação injusta em relação aos estrangeiros, tendo em vista o contexto específico da medida destinada a retificar a injusta e disseminada discriminação sofrida pelos cidadãos. Ou seja: justifica-se pelo contexto histórico da África do Sul²³⁸.

Na Índia, o termo final da discriminação institucional também não se encontra em passado longínquo. A discriminação em relação aos “Dalits” certamente constitui uma das piores contra um grupo em qualquer sociedade. Também conhecidos como “intocáveis”, os

²³⁴ MCGREGOR, Marie. 2006, p. 392.

²³⁵ MCGREGOR, Marie. 2006, p. 392.

²³⁶ MCGREGOR, Marie. 2006, p. 392.

²³⁷ KENDE, Mark S. 2009, p. 163.

²³⁸ MCGREGOR, Marié. 2006, p. 400-402.

indivíduos assim classificados eram verdadeiramente excluídos da sociedade, não sendo considerados integrantes de qualquer uma das castas reconhecidas pela religião Hindu.

Sofriam uma série de restrições, como proibição de contato físico com qualquer membro das castas hindus, obrigação de andar com sinalizadores para alertá-los de sua presença (e permitir que as outras pessoas se afastassem), já que até mesmo a sua sombra era considerada passível de contaminá-los. Apesar de a intocabilidade ter sido extinta oficialmente há mais de meio século e o termo banido do discurso oficial e político, as mesmas pessoas continuaram sofrendo discriminação, a partir de outras designações como “Harijans” (crianças de Deus, nome dado por Mahatma Gandhi)²³⁹. As discriminações positivas, estabelecidas, como já se viu, na própria Constituição, tentam reverter este quadro.

Em países como esses três, a justificativa histórica encontra maior ressonância ou, ao menos, pode ser considerada mais razoável, diante da constatação de que os beneficiários das medidas de discriminação positiva efetivamente sofreram os efeitos diretos dos regimes segregacionistas ou indiretos, porém bastante nítidos e imediatos, tendo em vista o fim recente destes²⁴⁰.

Mas, se em tais países a justificativa histórica já é bastante controvertida, com mais razão o é quando baseada em passado longínquo, como, por exemplo, a escravidão no Brasil, que foi oficialmente extinta por meio da Lei Imperial n° 3353, de 1888 (popularmente conhecida por Lei Áurea)²⁴¹.

Além das problemáticas tradicionais – que serão tratadas logo adiante – a remissão a acontecimentos remotos e a conseqüente e necessária ausência de correlação imediata entre o passado discriminatório e os atuais beneficiários de eventuais medidas de discriminação positiva geram sensível dificuldade. O direito à reparação se torna cada vez mais difuso à medida em que os crimes do passado se afastam no tempo. Nessa esteira, Claudio Pereira de Souza Neto e João Feres Júnior ressaltam que, como na lógica liberal as instituições jurídico-políticas se assentam sobre o indivíduo, a reparação é mais facilmente

²³⁹ SOWELL, Thomas. 2004, pp. 24-30.

²⁴⁰ Nesse sentido, Randall Kennedy (2013, pp. 83-84, posições 1348-1355), por exemplo, sustenta que, no caso norte-americano, um número substancial de beneficiários das ações afirmativas foram vítimas diretas da discriminação sob a égide do sistema Jim Crow.

²⁴¹ “A história desempenha relevante papel na compreensão da realidade vivida pela comunidade negra no Brasil. A compreensão dos processos históricos de dominação, exploração, exclusão e discriminação, é imperativo, no entendimento das ações afirmativas.” (ROCHA, José Geraldo da. Conhecer a história: pressuposto para a ação afirmativa. In SANTOS, Ivanir dos. e ROCHA, José Geraldo da. 2007, p. 75)

concretizada, reconhecida, quando as vítimas ainda estão vivas²⁴².

Não por outro motivo, defende-se que as ações afirmativas no Brasil constituem importação do sistema norte-americano, no qual o histórico de segregação é recente e institucionalizado²⁴³. Em entrevista, Ronald Dworkin comentou o caso brasileiro, afirmando que, embora não o conheça a fundo, parece um equívoco embasar as discriminações positivas em injustiça passada, já que, quem agora será recompensado, jamais a sofreu²⁴⁴.

Para Randal Kennedy, estudioso norte-americano, a compensação pelos equívocos passados, cruéis e debilitantes, cometidos por motivos racistas, que afetaram as minorias raciais, especialmente os negros, constitui a justificativa mais convincente para as ações afirmativas, embora atualmente seja obscurecida na doutrina e jurisprudência americanas, por razões estratégicas, tendo em vista que a Suprema Corte Norte-Americana a ela respondeu com ceticismo e hostilidade²⁴⁵. O autor defende que a ideia central é reparar os erros do passado que, por permanecerem sem qualquer atenção ou consideração, se tornam, infelizmente, equívocos renovados²⁴⁶.

Nesta linha, Vincent Verdun²⁴⁷ critica a posição da Suprema Corte quanto à rejeição da ideia de reparar a pretérita discriminação social como fundamento para as ações

²⁴² SOUZA NETO, Claudio Pereira de. e FERES JÚNIOR, João. *In* FERREIRA, Renato. 2011. p. 52.

²⁴³ Como exemplo, podemos citar a doutrina de Elvio Santos Gusmão (2009, p. 28): “A finalidade da importação da idéia de cotas dos Estados Unidos da América é trazer uma solução para um racismo que lá era institucionalizado, a fim de resolver um problema que é mais de natureza econômica que ideológica ou institucional, pois a maior discriminação, como será demonstrado, se dá mais em virtude da posição social e econômica da pessoa do que em relação a sua cor no Brasil. Aqui, após a abolição, nunca houve lei alguma que promovesse barreira institucional a negros ou qualquer outra etnia. Ao contrário dos EUA, aqui não há preconceito institucionalizado ou enraizado contra orientais ou imigrantes de outras regiões das Américas, embora possam ocorrer discriminações indevidas por parte de pessoas, de forma isolada, assim como ocorre algum preconceito contra nordestinos nas regiões Sul e Sudeste do Brasil, mas também, de forma isolada ou restrita a pequenos grupos, tais como "skin heads " ou dos denominados "carecas do ABC ", que têm a intolerância como o seu princípio guia, aí não só contra negros ou nordestinos, mas contra homossexuais, judeus, entre outros.”

²⁴⁴ “Não posso comentar o caso brasileiro. Não conheço bem as circunstâncias e os argumentos. Mas penso que é um grande erro tentar defender a ação afirmativa como uma compensação para injustiças do passado. Não encaixa: quem se beneficia não é quem sofreu no passado. E creio ser um equívoco supor que uma parte da população, em vez de indivíduos, possa ser detentora de direitos, como o direito à compensação. Porém, é claro que a igualdade está presente no meu argumento prospectivo para a ação afirmativa. Eu defendo que uma sociedade sem preconceito racial e sem estereótipos tem probabilidade maior de ser justa na distribuição de riquezas e também tem maior probabilidade de ser melhor para todas as pessoas, em muitos outros aspectos. Parece-me que a questão ao Brasil é se as cotas em discussão tornariam a sociedade melhor no futuro, nesses aspectos. Não acho que um suposto direito à compensação deveria figurar no argumento.” (FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Igualdade como ideal: entrevista com Ronald Dworkin, 2007)

²⁴⁵ KENNEDY, Randall. 2013, p. 78, posição 1275.

²⁴⁶ KENNEDY, Randall. 2013, p. 78, posição 1290.

²⁴⁷ VERDUN, Vincent. *In* STEWART, Mac. A. 2008, pp. 167-8.

afirmativas, em razão da falta de evidência específica. Comenta que o argumento foi negado mesmo tendo havido farta documentação comprobatória da discriminação histórica da Universidade de Michigan, no caso *Gratz v. Bollinger*, e ainda que Richmond tenha sido a capital da Confederação²⁴⁸, em *City of Richmond v. J.A. Croson Co.* E ressalta que é incompreensível que tenha se tornado impossível demonstrar a discriminação, histórica ou corrente, quando todos concordam que a discriminação foi uma característica marcante na história norte-americana e ainda existe.

Se indagarmos por qual motivo atualmente se deveria empreender esforços na tentativa de se promover a reparação, defenderão os autores: por questão de justiça, pois um dos seus elementos essenciais constitui a correção de erros, na medida do razoável e de acordo com as circunstâncias verificadas²⁴⁹.

Exatamente por considerar que constitui uma reivindicação de simples justiça, alguns estudiosos dão primazia à ideia de reparação em relação a outros modelos, entendendo que os beneficiários possuem direito à sua recuperação. Trata-se, para eles, de uma teoria moralmente superior, menos suscetível a comprometimentos e mais centrada no destino dos beneficiários do que os modelos concorrentes²⁵⁰.

Não obstante o clamor social, a ideia de política compensatória alberga inúmeros problemas, bradados por aqueles que são contrários a tais medidas e admitidos até mesmo pelos simpáticos à causa. É comumente difundida a ideia de que não se corrige uma injustiça pretérita cometendo-se outras tantas no presente²⁵¹.

Ab initio, constata-se dificuldades relativas à quantificação do dano e da medida de reparação. Como estabelecer a forma que esta deve adotar, bem como o tempo de duração da medida, para que seja considerada suficiente a reparar?²⁵²

Verificam-se, ainda, obstáculos na ausência de identidade entre (a) perpetrador do dano e responsável pela reparação; bem como (ii) vítima da conduta e beneficiário das

²⁴⁸ Os Estados Confederados da América, também conhecidos como Confederação, consistiram em unidade política formada por diversos estados sulistas (e escravagistas), em 1861, após Abraham Lincoln, abolicionista, ter ganhado as eleições presidenciais de 1860. A Confederação foi declarada ilegal, seguindo-se a guerra civil americana (guerra de secessão).

²⁴⁹ KENNEDY, Randall. 2013, p. 79, posição 1284.

²⁵⁰ KENNEDY, Randall. 2013, pp. 80-81, posições 1293 a 1296.

²⁵¹ MOTA, Maurício Jorge. 2002, p. 200.

²⁵² Como ressalta Michel Rosenfeld (1985, p. 12), em um mundo ideal, a compensação pressupõe um resultado de soma zero, para o qual a medida de compensação deve ser não apenas suficiente para suprir o prejuízo da “vítima”, mas corresponder ao benefício auferido pela outra parte. Em um exemplo simples, se 100 balas devem ser distribuídas entre João e José e são divididas na proporção respectiva de 60/40, a compensação impõe que aquele dê a este 10 balas.

políticas públicas. Em outras palavras, “quem paga” não é o responsável pela discriminação e “quem recebe” pode não ter sofrido exatamente qualquer forma de discriminação²⁵³.

Com efeito, aqueles que recebem a compensação atual não são os que sofreram os efeitos das condutas equivocadas do passado. A ideia de compensação histórica traz como desvantagem a ideia de que os vivos estão sendo penalizados em uma tentativa de saldar uma dívida dos mortos²⁵⁴.

Neste ponto, é importante ressaltar que, embora o argumento deva ser tratado com cautela quando se trata de países com histórico recente de regime segregacionista, mesmo neles é comum que as os beneficiários das ações afirmativas não sejam efetivamente as vítimas daquele.

Nesse sentido, Steven Farron declara que, nos Estados Unidos da América, as ações afirmativas acabaram por favorecer negros imigrantes (como os irmãos Fanjul²⁵⁵) e grupos étnicos que nunca sofreram discriminação institucionalizada. E sustenta que, com o explosivo aumento da proporção de beneficiários das medidas que são imigrantes ou descendentes destes, a justificativa a partir do passado discriminatório tornou-se insustentável²⁵⁶.

Manning Marable acrescenta, ainda, que a mutabilidade do conceito de raça conduz à deficiência das ações afirmativas com o propósito de justiça compensatória. Afirma que, embora tenham sido desenhadas em reação às lutas e reivindicações no movimento pelos direitos civis, que pôs fim à segregação norte-americana, atualmente tais medidas acabam por beneficiar mais outros grupos do que os negros, nos Estados Unidos da América. Estima-se, por exemplo, que 73% dos favorecidos por ações afirmativas na Universidade de Harvard não sejam negros. Como destaca a autora, a “raça” é uma relação social dinâmica e mutante, baseada na desigualdade estrutural, de tal modo que a alteração da composição humana da sociedade americana enseja mudança também na realidade vivida do racismo estrutural, no cotidiano da existência²⁵⁷.

²⁵³ MCHARG, Aileen e NICHOLSON, Donald. 2006, p. 10; KAUFMANN, Roberta Frago Menezes, 2007, p. 223; NETO, Cláudio de Souza Pereira, 2011, p. 38.

²⁵⁴ KENNEDY, Randall. 2013, pp. 81-posições 540-545 e 1313-1318.

²⁵⁵ Os irmãos cubanos foram para os Estados em 1959 e não se tornaram cidadãos para evitar pagar impostos. São descendentes de uma dinastia do açúcar, que começou usufruindo do trabalho escravo, e possuem um conglomerado multimilionário.

²⁵⁶ FARRON, Steven. 2014, posições 178–210.

²⁵⁷ MARABLE. Manning. 2008, pp. 10-1.

Para Aileen MCHARG e Donald NICHOLSON²⁵⁸, no entanto, as críticas focadas nos rostos das atuais “vítimas inocentes” das ações afirmativas desconsidera por completo aquelas não imediatamente identificáveis do passado e, ainda, as que sofrem e sofrerão, em caso de inação, os efeitos prolongados da discriminação.

A linguagem da compensação, informada pela noção de culpa e de causa, reforça o sentimento de “punição infundada” entre aqueles que se sentem preteridos pelas ações afirmativas. Considerando esta objeção, Aileen Mcharg e Donald Nicholson sugerem a substituição do “delito” pelo “enriquecimento injusto” como base lógica desta compensação, para que seja mais aceita²⁵⁹. Nesse sentido, Randal Kennedy sublinha que, independentemente da inocência dos brancos, eles foram diretamente beneficiados – ainda que involuntariamente – pelas heranças raciais historicamente incorporadas e os inúmeros *status* que decorrem do simples fato de possuírem tal cor de pele em uma sociedade que permanece, em larga extensão, pigmentocrática²⁶⁰.

O raciocínio compensatório também se revela problemático quando se verifica que determinados indivíduos pertencentes a grupos evidentemente discriminados ao longo da história podem não só deixar de ser compensados, mas ser efetivamente preteridos por conta das ações afirmativas. Na África do Sul, por exemplo, discutiu-se a limitação do número de indianos para o ingresso na faculdade de medicina da Universidade de Natal. A medida beneficiava a admissão de negros e indivíduos de cor, mas prejudicava os indianos, que também foram desfavorecidos no sistema do *apartheid*²⁶¹.

Não é difícil imaginar, ainda, que um judeu possa ser ultrapassado, em concurso para ingresso em um cargo público, em razão de cotas fixadas com base em critérios raciais²⁶². O caso *DeFunis v. Odegaard* (1971), apesar de não ter sido efetivamente julgado pela Suprema Corte Norte-Americana, gerou bastante controvérsia. Defunis, judeu americano, questionou a recusa de admissão na Faculdade de Direito da Universidade de Washington, afirmando que teria ingressado no curso se não existissem políticas

²⁵⁸ MCHARG, Aileen e NICHOLSON, Donald. 2006, p. 10.

²⁵⁹ MCHARG, Aileen e NICHOLSON, Donald. 2006, p. 11.

²⁶⁰ KENNEDY, Randall. 2013, p. 113, posição 254.

²⁶¹ KENDE, Mark S. 2009, pp. 169-170.

²⁶² Randall Kennedy (2013, posições 801-804) comenta que a percepção de que as ações afirmativas, na defesa de uma proporcionalidade, poderiam ser ameaçadoras a outras minorias étnicas, em sua maioria judeus notáveis, que atingiram elevada representatividade em instituições de ensino e empregos de elite, desproporcionalmente ao seu quantitativo na sociedade, foi um dos motivos pelos quais neoconservadores emergiram como críticos persistentes das ações afirmativas.

afirmativas direcionadas às minorias. Os judeus, que durante séculos foram alvo de discriminação e, com muito esforço, conquistaram espaço nas universidades americanas (alcançando proporcionalmente representação superior no ensino), agora seriam preteridos em decorrência de políticas afirmativas voltadas para minorias.

De mais a mais, o argumento da compensação tem o problema da retórica, que possibilita a responsabilização *ad infinitum*. Com base nas mesmas premissas, países inteiros que foram colonizados ou oprimidos poderiam exigir compensação²⁶³, o que é no mínimo questionável considerando o tempo decorrido e o próprio curso da história.

Em defesa da justiça compensatória, Celso de Albuquerque e Silva argumenta que o problema das críticas a este argumento constitui a premissa equivocada de que aquela tem por finalidade exclusiva a restauração do *status quo*, turbado por um ato ilícito prévia e individualmente identificado. Sustenta que, diferentemente, ela deve ser concebida na ideia de “oposição a castas”, investindo contra as distribuições existentes ou seja, pretendendo alterar o *status quo*, ao reconhecer que diferenças moralmente irrelevantes se transformaram em desvantagem social em aspectos relevantes da vida²⁶⁴. Como se observa, contudo, o fundamento não é exclusivamente o passado histórico, mas sim o atual estado de injustiça nas relações sociais²⁶⁵.

Nessa esteira, alguns autores defendem que o enfoque das ações afirmativas deve ser mais prospectivo do que retrospectivo²⁶⁶. Outros ainda preservam a importância dos aspectos históricos, se não como razão primordial, ao menos como “razão coadjuvante”²⁶⁷.

²⁶³ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes, 2007, p. 222.

²⁶⁴ SILVA, Celso de Albuquerque, 2009, p. 52. Nas palavras do autor: “A partir do momento em que se reconhece que a distribuição de riqueza não é resultado apenas de esforço individual, mas decorre do fato de que inúmeras diferenças existentes entre os seres humanos, tais como cor, raça, gênero ou condição social e econômica acabam sendo transformadas, por práticas jurídicas e sociais, em vantagens ou desvantagens, a justiça compensatória deve assumir uma segunda concepção, como destinada a incorporar um princípio de ‘oposição a castas’.”

²⁶⁵ Randall Kennedy (2013, p. 80, posições 1299-1302) defende que, embora exista distinção, também há uma considerável superposição entre as duas categorias, pois, embora o objetivo de corrigir injustiças passadas seja a característica-chave da justiça compensatória, o modelo não precisa ser indiferente ao presente e ao futuro. Reparar – ou tentar reparar – os equívocos do passado corresponde a uma necessidade do presente para ajudar a criar o predicado para um futuro justo.

²⁶⁶ Sheila Foster (1993, p. 5) chama de falsa a dicotomia entre o enfoque retrospectivo/prospectivo que com frequência permeia o debate sobre os embasamentos das ações afirmativas. Assevera que estas naturalmente servem aos dois objetivos, ainda que não se pretenda: as políticas que buscam incluir socialmente integrantes de grupos discriminados no passado, podem ter simultaneamente os efeitos de remediar a exclusão e aumentar a consciência social. Essa consciência, por sua vez, pode se tornar aceitação, promover acordos multiculturais, melhorar a visibilidade cultural e fortalecer os grupos, redistribuindo recursos.

²⁶⁷ SARMENTO, Daniel. 2011, p. 85; SILVA, Celso de Albuquerque, 2009, p. 53.

3.2.2 – Justiça distributiva

Para fundamentar a prática de políticas públicas afirmativas, muitos autores se baseiam na ideia de justiça social, defendendo a igualdade substancial e a necessidade de redistribuição dos recursos²⁶⁸. Defendem que o modelo de igualdade simétrico deve ser abandonado, reconhecendo-se que, para tratar igualmente, às vezes há necessidade de estabelecer diferenciação²⁶⁹, bem como que as desigualdades fáticas não podem ser ignoradas.

De modo a não tornar o texto por demais enfadonho, remetemos o leitor ao item 2 do presente trabalho, que versa sobre a problemática da igualdade substancial e da repartição social de bens escassos.

No contexto da justiça distributiva, há o reconhecimento do direito de indivíduos ou grupos a reivindicar vantagens, bens ou benefícios aos quais teriam acesso se houvesse justiça social no meio em que vivem, ou seja, se houvesse divisão igualitária dos bens, vantagens e ônus da vida em sociedade²⁷⁰. Em outras palavras: as políticas de ações afirmativas podem ser entendidas como um processo de realocação dos ônus e bônus entre os integrantes da sociedade, de forma a viabilizar o acesso de minorias ou determinados grupos sociais a certas posições sociais²⁷¹.

O problema de utilizar o tratamento igualitário com uma versão mais substantiva da igualdade é que os dois permanecem em tensão²⁷². Diferentes grupos entram em conflito

²⁶⁸ Assim, Roberta Kaufman (2007, p. 225): “por meio da teoria redistributiva, há um redirecionamento dos benefícios, dos direitos e das oportunidades entre os cidadãos. 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 permitiram a igualdade de acesso às melhores chances de emprego e de educação às minorias.”

²⁶⁹ “A analogia da corrida revela a debilidade da ideia de que o governo pode ser neutral em relação à distribuição. As corridas bem organizadas não são neutras, são concebidas de maneira que as pessoas com capacidades particulares tenham mais probabilidade de ganhar. Esta concepção não é tendenciosa; trata as pessoas como iguais, pois estas deverão partilhar o sentido da finalidade do empreendimento. No entanto, o objetivo de viver em conjunto nas comunidades políticas legítimas, sujeitas aos princípios da dignidade, não é identificar e recompensar qualquer conjunto de capacidades, qualidades ou sorte; por isso, as leis que tenham previsivelmente esse resultado podem muito bem ser tendenciosas.” (DWORKIN, Ronald. 2012, p. 362)

²⁷⁰ LEAL, Luciana de Oliveira. 2005, p. 113.

²⁷¹ MORAES, Guilherme Peña de. 2003, p. 302.

²⁷² Sobre o tema, interessante é a passagem de Amartya Sen (2009, p. 396): “Tudo isso condiz com o geral padrão que é empregue quando se vem contestar o relevo da igualdade num determinado espaço, oferecendo-se como fundamento o facto de isso violar exigências de igualdade mais importantes próprias de um outro espaço. Vendo as coisas desta maneira, compreende-se porque é que as batalhas ao redor de questões distributivas tendem a não se centrar sobre “porquê a igualdade?”, mas antes sobre “igualdade de quê”? Dado

pela igualdade, cada um sustentando um critério distinto como aquele que deve ser considerado, de modo a justificar o tratamento uniforme ou requerer a intervenção diferenciada, conforme o caso²⁷³. Não por outra razão, o tratamento diferenciado é muitas vezes retratado como discriminação indesejada.

Em geral²⁷⁴, as críticas a esse argumento não questionam a justeza da redistribuição dos bens socialmente relevantes, mas sim quais os instrumentos que podem ser utilizados pelo Estado para a consecução de tal objetivo²⁷⁵. Vale dizer, se podem ser empregadas políticas afirmativas ou se apenas devem ser adotadas políticas de caráter universalista, que busquem promover melhoras sociais e reduzir a desigualdade econômica²⁷⁶.

Alexandre do Nascimento ressalta, quanto ao ponto, que, apesar de as políticas de ação afirmativa se caracterizarem por serem específicas e não universalistas, podem ser consideradas “instrumentos de um processo de universalização”, já que não criam privilégios. Ao revés, buscam propiciar aos grupos marginalizados o acesso a recursos que

que alguns focos de atenção se concentram sobre áreas (individualizando assim os correspondentes espaços onde se haverá, então, de procurar a igualdade) tradicionalmente associadas às exigências de igualdade que se fazem ouvir na filosofia política, econômica e social, é nesses espaços (tal o caso, por exemplo, do rendimento, da riqueza e das utilidades) que a igualdade tem tendência para comparecer sob a epígrafe de “igualitarismo, ao passo que, noutros espaços (por exemplo, a área dos direitos, das liberdades ou de tudo o que seja visto como justa e merecida recompensa), a igualdade já assume a aparência de uma pretensão anti-igualitária.”

²⁷³ “[...] O que, pelo contrário, parece eminentemente perigoso e engendra de certeza efeitos perversos, é a multiplicação desordenada e selvagem de tais acções, cada grupo a reivindicar para si mesmo, nas situações mais diversas, vantagens especiais, <corretores> para o seu estado desfavorecido.

Na verdade, ao fazê-lo, corre-se desde logo o risco de enfraquecer os direitos de primeira geração, esvaziando de todo o conteúdo o princípio da igualdade perante a lei, multiplicando-se as excepções de maneira inflacionista. Em segundo lugar, suscita-se inevitavelmente um processo de arbitragem que, sem dúvida, terá os efeitos mais desastrosos: como não se podem satisfazer todas essas reivindicações ao mesmo tempo – exigência que, lembramos, são formuladas em termos de direitos do homem, no caso de segunda geração-, é normalmente necessário recusar algumas, e cada vez mais à medida que as reivindicações se multiplicam. Corre-se assim o risco de habituar o público ao facto de, no fim de contas, os direitos do homem não constituírem mais que exigências categoriais, sendo, por isso, absolutamente legítimo nem sempre os satisfazer.” (HAASCHER, Guy. 1993, p. 55)

²⁷⁴ Fala-se em geral, porque a própria ideia de justiça distributiva é objetada por alguns autores, sob a lógica de que, em regime que preze pela liberdade, inclusive econômica, é impossível verificar um critério único de distribuição de bens sociais, de tal modo que seria inviável uma atuação estatal constante com vistas a equalizar oportunidades e promover a igualdade de resultado entre indivíduos. (BINENBOJM, Gustavo. 2007, p. 311)

²⁷⁵ SILVA, Celso de Albuquerque. 2009, p. 55.

²⁷⁶ Kabengele Mnanga, professor da USP, em explanação feita na Audiência Pública realizada no STF, em 04 de março de 2010, destacou: “se a questão fundamental é como combinar a semelhança com a diferença para podermos viver harmoniosamente, sendo iguais e diferentes, porque não podemos também combinar políticas universalistas com as políticas diferencialistas?” (RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi e PEREIRA JÚNIOR, Altamar Constante. 2013, p. 125)

são normalmente inalcançáveis, em razão de barreiras sociais e raciais existentes na sociedade²⁷⁷.

Celso de Albuquerque acrescenta que, em vez de incompatibilidade, existe verdadeira relação de complementaridade entre as políticas universalistas e as ações afirmativas. Enquanto as primeiras são incapazes de promover imediatamente alterações significativas necessárias, as segundas não solucionam de modo definitivo, mas auxiliam, com medidas mais urgentes, que, ao possibilitarem maior integração, abrem caminho para aquelas. Observa, no entanto, que ambas buscam satisfazer o ideal de igualdade, embora em graus distintos, por meio de repartição mais justa de bens relevantes²⁷⁸.

No contexto de justiça distributiva, os conceitos de democratização²⁷⁹ e ações afirmativas se associam e se complementam. Na visão de Alexandre do Nascimento, o primeiro deve ser entendido como processo de constituição da democracia e, portanto, de socialização do produto do trabalho, de construção do coletivo, de universalização material dos direitos. Já a ação afirmativa representa a constituição material do público, por meio de ações concretas que objetivam contra-atacar as desigualdades e a discriminação, afirmando a igualdade, a multiplicidade e a participação, em detrimento do privilégio, da uniformidade e da partilha. Assim, conclui o autor: “as políticas de ação afirmativa são instrumentos de um processo de democratização, pois na democracia a política consiste na

²⁷⁷ NASCIMENTO, Alexandre do. In SANTOS, Ivanir dos. e ROCHA, José Geraldo da. 2007, p.189.

²⁷⁸ “A defesa intransigente e radical do igualitarismo formal universalista em detrimento do igualitarismo material não radical parte da premissa equivocada de que há uma incompatibilidade natural entre políticas universalistas e políticas afirmativas, quando na verdade existe uma estreita relação de complementaridade entre elas. Primeiro porque, ambas decorrem do mesmo princípio da igualdade, variando apenas de grau. Segundo apresentam um fim comum na concretização do princípio da dignidade com a fruição efetiva mais igualitária de bens socialmente relevantes. Terceiro, as políticas universalistas não apresentam um conteúdo compensatório como as ações afirmativas. Quarto, da mesma maneira que as ações materiais universais são insuficientes para garantir uma atual mudança em quadro de Estado Cartorial, as ações afirmativas de per si também são insuficientes para assegurar mudanças estruturais, funcionando, em um sistema integrado que se retroalimenta, como meio para abrir espaços para políticas universalistas mais abrangentes ao auxiliarem na quebra de estereótipos e no aumento da inclusão.” (SILVA, Celso de Albuquerque. 2009, pp. 54-5)

²⁷⁹ “O princípio democrático aponta, porém, no sentido constitucional, para um processo de democratização extensivo a diferentes aspectos da vida económica, social e cultural. A revisão de 1997 (4ª Revisão) tornou explícita esta extensão aos próprios partidos políticos exigindo a observância de regras democráticas na formação dos órgãos dirigentes (CRP, art. 51, 5.º). O controlo da gestão (art. 54.º/5.º/b), a gestão democrática das escolas (art. 77.º), a liberdade interna da imprensa (art. 38.º/a), a participação na administração local (art. 233.º), são exemplos do entendimento do princípio democrático como princípio informador do Estado e da sociedade. A democracia é, no sentido constitucional, *democratização da democracia*.” (CANOTILHO, JJ Gomes. 2003, p. 290)

criação daquilo a que, necessariamente, todos devem ter acesso, criando os meios que assegurem esse acesso.”²⁸⁰

Ainda no âmbito da democratização, sustenta-se que, em uma verdadeira democracia, é imprescindível a presença representativa, senão de todos, ao menos da maioria dos grupos que compõem uma sociedade em seus diferentes espaços ²⁸¹. Evidentemente uma precisa fórmula de proporcionalidade seria impossível e mesmo indesejável, já que, artificial, ignoraria as circunstâncias fáticas (como, por exemplo, a ausência de interesse ou a especial habilidade dos componentes de determinado grupo em relação a certas atividades ou profissões). Aliás, uma das críticas quanto às ações afirmativas como justiça distributiva é justamente a impossibilidade de distinção entre as diferenciações originárias de discriminação e aquelas decorrentes de outros fatores, como, v.g. idade e herança cultural²⁸².

Mas a exclusão recorrente de determinados espaços sociais merece ser remediada. “O direito não pode ser insensível às latentes diferenças e desigualdades da sociedade, ele deve ser meio de integração social que proporcione a participação de todos os atores sociais na construção de uma sociedade efetivamente democrática e justa.”²⁸³

A integração pode ser de grupos que sofreram discriminação histórica, porém também pode se referir a qualquer grupo que esteja alienado injustificadamente do fluxo normal de vida, sendo irrelevante a causa do isolamento ou alienação²⁸⁴.

Embora seja de aplicação ampla, o argumento se mostra mais facilmente admissível no caso de grupos cuja diversidade de necessidades é mais evidente, como no caso dos deficientes físicos. Na Alemanha, foi mais fácil aceitar quotas em favor de deficientes do que medidas menos drásticas em benefício das mulheres²⁸⁵.

Ações afirmativas, nesse viés integrador corretivo de distorções, são consideradas instrumento de paz social, na medida em que impedem que a opressão das minorias acabe por gerar grave desarranjo ou rompimento na ordem social²⁸⁶⁻²⁸⁷. Nas palavras de Luciana

²⁸⁰ NASCIMENTO, Alexandre do. In SANTOS, Ivanir dos. e ROCHA, José Geraldo da. 2007, p.189-190.

²⁸¹ Randall Kennedy (2013, p. 107, posição1685) fala sobre o tema no âmbito das ações afirmativas pautadas em critérios raciais.

²⁸² MORAES, Guilherme Peña de. 2003, p. 302.

²⁸³ RODRIGUES, Eder Bomfim. 2009, p. 72.

²⁸⁴ KENNEDY, Randall. 2013, , p. 12, posição 152.

²⁸⁵ MCHARG, Aileen e NICHOLSON, Donald. 2006, p. 12.

²⁸⁶ “Contudo, existem inúmeros casos na história que demonstram que a opressão e discriminação das minorias ou a negligência das suas necessidades legítimas pode conduzir a tensões e conflitos graves, entre a

Almeida, “constituem um mecanismo sociojurídico destinado a viabilizar, sobretudo, a harmonia e a paz social, as quais sofrem sérias perturbações quando um grupo social expressivo se vê à margem do processo produtivo e dos benefícios do progresso.”²⁸⁸

Para Randal Kennedy, o desejo de evitar a ruptura social integra o “ethos” da ação afirmativa, ou seja, é parte de seu caráter distintivo, ao lado do intuito de emendar justiça passadas, combater discriminações presentes (por vezes ocultas) e a intenção de enriquecer instituições com a diversidade²⁸⁹.

Alguns defensores das ações afirmativas a partir da visão de justiça distributiva sustentam que, na escolha do público-alvo de tais políticas, devem ser considerados os critérios socioeconômicos. Criticam, por exemplo, medidas baseadas em aspectos étnico-raciais, ao argumento de que tendem a favorecer os membros dos grupos beneficiados que são economicamente privilegiados, ignorando os não minoritários pobres que possuem menos recursos e, conseqüentemente, menores oportunidades do que os eleitos para a preferência²⁹⁰.

Em contrapartida, há quem defenda que o objetivo das discriminações positivas não é reduzir as desigualdades, mas sim favorecer a emergência de uma elite que atuaria como força propulsora, funcionando como modelo de identificação positiva ao resto do grupo. Não seria, assim, uma política de justiça social, mas de recuperação fundamentalmente elitista, voltada exclusivamente para o grupo²⁹¹. Este tema, no entanto, será tratado de modo mais detalhado adiante²⁹².

Em tese, a distinção entre os conceitos de Justiça distributiva e de Justiça

maioria da população e minorias ou entre vários grupos minoritários. A limpeza étnica, expulsão e genocídio têm sido documentados como conseqüências de atos discriminatórios e opressivos contra as minorias, como critica o Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH).” *Direito das minorias* In MOREIRA, Vital e GOMES, Carla de Marcelino (Coord.). 2012, p. 470.

²⁸⁷ Roberta Kauffman (2011, p. 6 da versão digital) observa que o surgimento, nos Estados Unidos da América, dos programas de ação afirmativa para os negros não foi antecedido de prévia discussão teórica a respeito de medidas necessárias para o desenvolvimento de uma sociedade mais justa, democrática e humana, tampouco de justificativas pautadas na justiça compensatória, distributiva ou em outras questões jurídico-filosóficas. Ao revés, emergiram em um ambiente de hostilidade, marcado pela iminência de grave conflito civil. Mesmo porque, salienta a autora, “o primeiro Presidente dos Estados Unidos que efetivamente adotou política pública concretizadora da integração, Richard Nixon, era um republicano cujo maior apoio na campanha adveio dos eleitores conservadores dos estados sulistas, contrários às medidas de integração. Enquanto os democratas Kennedy e Johnson nada fizeram em termos integrativos, coube a um republicano conservador adotar essas medidas”.

²⁸⁸ ALMEIDA, Luciana Dayoub Ranieri de. 2011., p. 65.

²⁸⁹ KENNEDY, Randall. 2013, p. 5, posições 58-61.

²⁹⁰ KENNEDY, Randall, 2013, p. 88, posição 140.

²⁹¹ CALVÈS, Gwénaële, 2010, pp. 22-23.

²⁹² V. item 4.2 do presente trabalho.

Compensatória é clara: a primeira se refere à divisão e à distribuição justas dos recursos alocáveis; a segunda se relaciona à restauração do equilíbrio em decorrência de uma distribuição injusta no passado, quer tenha sido voluntária ou não²⁹³. Na prática, no entanto, as duas aparecem intrinsecamente ligadas, em uma relação ora de complementaridade²⁹⁴⁻²⁹⁵, ora de contradição.

3.2.3 – Diversidade

Além dos dois anteriores, um terceiro fundamento tem sido bastante utilizado para a justificação das ações afirmativas, qual seja: a diversidade como interesse imperativo do Estado.

Defende-se que “por promoverem a inserção de representantes de diferentes minorias em setores nos quais dificilmente teriam acesso, as ações afirmativas possibilitam o surgimento de uma sociedade mais diversificada, aberta, tolerante, miscigenada e multicultural”²⁹⁶.

O argumento parte do princípio de que o ensino, o aprendizado e a tomada de decisões são enriquecidos, aperfeiçoados e se tornam mais aceitos se houver participação de uma variedade ampla de pessoas, representantes de diferentes grupos sociais, nas escolas, nos empregos e no governo²⁹⁷⁻²⁹⁸. Baseia-se nos efeitos benéficos do intercâmbio de ideias e pontos de vista advindos de pessoas com características e experiências distintas.

Indivíduos educados em ambientes diversificados podem fazer contribuições valiosas para a força de trabalho, em inúmeros aspectos importantes e concretos, uma vez

²⁹³ ROSENFELD, Michael, 1985, p. 10.

²⁹⁴ Assim, por exemplo, Boaventura de Sousa Santos (2011, p. 34), observa que no Brasil “a injustiça social tem forte componente de justiça histórica”, tendo em vista que o ideário de fraternidade das revoluções europeias não foi estendido ao “novo mundo”, onde a prosperidade foi conquistada às custas da usurpação violenta de territórios indígenas e exploração de escravos.

²⁹⁵ Para Manning Marable (2008, pp. 10-1), a doutrina “separados, mas iguais” deu lugar ao que chama de “novo domínio racial” de racismo estrutural cego à cor. Em vez de segregação e discriminação estabelecidas legalmente, agora existe um novo regime de dominação racial, centrado em três processos institucionais fatais: desemprego em massa, encarceramento em massa e privação de direitos em massa. Os três combinados criam uma nova escravidão para os afro-americanos no século 21.

²⁹⁶ KAUFMANN, Roberta Frago Menezes, 2007, p. 226.

²⁹⁷ KENNEDY, Randall. 2013, p. 94, posições 1490-1495.

²⁹⁸ Christopher McCrudden (1986, p. 239) apresenta a diversidade dentro de um contexto maior de utilidade social, que engloba, além da melhora no ensino, no processo decisório e no mercado por força de diferentes perspectivas e experiências, o exemplo gerado para outros indivíduos pertencentes aos grupos minoritários, a possibilidade maior de discriminação no futuro em razão das disparidades relacionadas a renda ou riqueza e, ainda, a relação entre desvantagens socioeconômicas e a quebra da ordem e boas relações laborais.

que têm maior criatividade na solução de problemas, integrando diferentes perspectivas²⁹⁹. Em contrapartida, indivíduos que raciocinam de modo parecido acabam chegando a extremos, pois costumam se posicionar de modo mais radical quando inseridos em grupo que compartilha apenas suas tendências originais. E, ainda, a convivência desses indivíduos apenas com seus semelhantes gera a tendência a cometer erros grosseiros, pela simples razão de não haver confronto com perspectivas distintas³⁰⁰.

A diversidade, segundo Nancy Cantor e Peter Englet, seria capaz de gerar benefícios não apenas no aumento dos laços sociais entre pessoas diferentes, mas também no que se refere à tomada de decisões e resolução de problemas sociais. Pesquisas teriam comprovado que grupos compostos por indivíduos com perspectivas distintas (em geral refletidas pela diversidade de identidade) apresentavam melhor performance na resolução de problemas do que grupos caracterizados por indivíduos notórios, pois a diversidade aumenta os pontos de vista para encontrar a solução para problemas espinhosos. E, ainda, os primeiros grupos tendiam a ser mais inovadores, sendo mais comum que, entre pessoas com experiência de vida distintas, uma veja a possibilidade de melhorar um produto ou processo. Por sua vez, a diversidade seria capaz de gerar líderes e cidadãos prontos a trabalhar em conjunto e construir comunidades mais saudáveis e resilientes³⁰¹.

Esta justificativa para a inserção social de minorias³⁰² está em consonância com as ideias de pluralismo³⁰³ e multiculturalismo que hoje permeiam a sociedade, sendo, para Celso de Albuquerque Silva, altamente persuasiva no contexto atual das sociedades plurirraciais e multiculturais³⁰⁴. A variedade desponta como um valor a ser preservado e incentivado, reconhecendo-se a importância da diferença.

²⁹⁹ Originariamente concebidas como meio de promover a justiça social e remediar os efeitos históricos da discriminação racial, as ações afirmativas agora se fundam no benefício que a diversidade confere aos estudantes. O argumento, largamente promovido pelos educadores e aceito até o momento pela Suprema Corte Norte-Americana, é que os estudantes recebem uma educação com qualidade superior e são melhor preparados para a vida quando estudam e aprendem juntamente com membros de diferentes características étnicas e raciais. (MCMORMICK, Richard L, *In* KAHLENBERG, Richard D., 2014, posições 2105-2112).

³⁰⁰ SILVA, Celso de Albuquerque. 2009, p. 64.

³⁰¹ CANTOR, Nancy e ENGLLOT, Peter. *In* KAHLENBERG, Richard D. 2014, posições 661-74.

³⁰² A análise do que são as minorias encontra-se no item 4.1.2, para o qual remetemos o leitor.

³⁰³ Luís Roberto Barroso (2009, p. 91) ensina que diversidade e pluralismo, embora conceitos próximos, não constituem sinônimos. Respeito à diversidade consubstancia aceitação do outro, respeito à diferença, independentemente de ser religiosa, étnica ou cultural. Já o pluralismo está associado à existência de distintas concepções de mundo e de projeto de vida digna, todas merecedoras de igual respeito, sem pretensão de hegemonia.

³⁰⁴ SILVA, Celso de Albuquerque. 2009, p. 63. O autor ressalta, ainda, que o argumento exerceu relevante papel na aceitação das políticas de ação afirmativa nos Estados Unidos da América.

Segundo Randall Kennedy, a diversidade é um parente recém-chegado no âmbito das justificativas para as ações afirmativas, não possuindo proeminência até o julgamento proferido pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em *Bakke vs. Regents of California* (1978)³⁰⁵. Desde então, segundo o autor, tem sido profundamente influente na sociedade americana, mas vista com ceticismo mesmo entre os maiores defensores das ações afirmativas³⁰⁶⁻³⁰⁷.

O magistrado Lewis Powell, no célebre julgamento, afirmou que somente há uma justificativa para o estabelecimento de preferência racial na admissão ao ensino superior: a consecução de um corpo estudantil diversificado, de modo a criar uma atmosfera de criação, reflexão e experimentação essencial à educação superior³⁰⁸. O argumento foi suscitado por universidades como Harvard, Princeton, Columbia, Stanford e Pensilvânia, que atuaram no processo como *amici curiae*. Era, no entanto, evidentemente fraudulento³⁰⁹, já que, ao tempo, tais universidades buscavam graduar (e não somente admitir) a cada ano uma quota específica de alunos representantes de minorias, tanto assim que a variação numérica ao longo dos anos era praticamente inexistente³¹⁰⁻³¹¹. Apesar

³⁰⁵ Também vinculam ao caso *Bakke* o surgimento do conceito da diversidade no âmbito das ações afirmativas: FOSTER, Sheila, 1993; FARRON, Steven. 2014. JACOBS, Lesley A. 2003, p. 122.

³⁰⁶ KENNEDY, Randall. 2013, p. 12, posições 159-161, p.94, posições 1495-1500.

³⁰⁷ Para Sheila Foster (1993), o argumento da diversidade tal como construído é falho por três diferentes razões: (i) é vazio, uma vez que não possui um princípio mediador para determinar quais as diferenças que devem contar em seu mandado de inclusão afirmativa, de modo que, baseado em diferenças individuais e em aspectos distintos, qualquer instituição pode ser considerada diversificada, a partir das inúmeras diferenças existentes neste mundo; (ii) baseia-se em noção essencialista da diferença, obscurecendo o real valor potencial, que consiste em incluir as experiências daqueles que têm sido sistematicamente excluídos da participação nos processos de tomada de decisão, para capacitá-los a definir, por si próprios, os pontos de vista e ideias que pretendem abraçar; e (iii) sugere que as pessoas escolhidas por força da diversidade são, de alguma forma, menos qualificadas, de modo que as diferenças historicamente marginalizadas continuarão sendo objeto de preconceito, ao passo que outras diferenças serão tratadas como “naturais”.

³⁰⁸ Pensadores da educação norte-americanos lamentam o alijamento dos argumentos originais para as ações afirmativas pela Suprema Corte (injustiça social e discriminação histórica) e presidentes de algumas universidades defendem que, independentemente da posição da Suprema Corte, existem dois argumentos indispensáveis para as ações afirmativas: justiça social e qualidade educacional. Embora os julgadores duvidem da capacidade de as universidades solucionarem séculos de discriminação racial (e de fato o poder de mudança seja limitado), elas, segundo tais estudiosos, devem fazer o que estiver ao seu alcance. (MCMORMICK Richard L. *In* KAHLENBERG, Richard D., 2014, posições 2119-2138)

³⁰⁹ O argumento tem sido alvo de tenazes alegações de insinceridade, percebendo-se que acabou por penalizar a honestidade da Universidade da Califórnia, que abertamente reconhecia os critérios utilizados em seu processo admissional, e valorizou a política de Harvard, que chegava essencialmente ao mesmo resultado, mascarando-o com uma retórica intencionalmente ofusadora. (KENNEDY, Randall. 2013, p. 102, posição 1608). Seria, então, um convite à fraude por parte das diversas universidades.

³¹⁰ FARRON, Steven. 2014, posições 301-339.

³¹¹ Richard H. Sander (2004, p. 383 e 385) também destaca que a resposta das universidades ao julgamento de *Bakke* foi passar à clandestinidade, cobrindo as políticas de admissão racialmente conscientes com folhas de figueira de diversos tamanhos para esconder a realidade prática, que quase não mudara. A falta de

disso, a partir do *decisum*, restou verdadeiramente inventado um fundamento socialmente virtuoso e de tremenda importância para as ações afirmativas, o qual passou a experimentar contínua proliferação³¹².

O raciocínio não apenas preenchia a lacuna deixada pelo desaparecimento das razões históricas, insustentáveis diante da constatação de que a maior parte dos beneficiários jamais sofreu com a discriminação nos Estados Unidos, mas também possuía a virtude de não apresentar qualquer vítima, já que os brancos se beneficiam da experiência esclarecedora fornecida pela diversidade³¹³.

O argumento como fundamento das ações afirmativas possui inúmeras vantagens. A uma, evita estigmas sociais: o tratamento preferencial é dado não pelo imperativo de assistência especial, mas pelo contributo que os beneficiários podem dar. Não se trata de auxílio aos mais necessitados, tampouco redistribuição equitativa de bens, mas sim medida destinada a alcançar melhores resultados e maior desenvolvimento no âmbito educacional, no mercado de trabalho e na sociedade como um todo³¹⁴.

A duas, a fundamentação na ideia de justiça – compensatória ou distributiva – sempre traz a noção de culpabilidade por um equívoco, seja pelo passado ou pelo presente, o que acaba por incitar discórdia inter-racial³¹⁵. A diversidade não possui tal conotação, não traz em si as noções de culpado e vítima e, portanto, funciona “como um antídoto para a regra da polarização em grupo”³¹⁶.

A três, evita um tema delicado constantemente suscitado com base em elementos fáticos (e não ideias preconcebidas): os resultados inferiores normalmente obtidos pelos beneficiários das ações afirmativas em relação aos demais competidores, mesmo após o tratamento preferencial³¹⁷. O que, embora não signifique que os beneficiários sejam

qualquer teste que permita distinguir a discriminação ilegal da procura pela diversidade deixou as universidades livres para burlar a intenção de Powell. De tal modo que a diferença entre as cotas anteriores a Bakke e o “plus”, o critério “extra”, posterior ao julgamento, “não passava de um sorriso e uma piscadela”. Para o autor, o que tem sido consistente, desde *Bakke*, em todo o mundo do ensino jurídico é um código de silêncio em políticas preferenciais. As escolas têm sido relutantes em revelar o grau em que dependem de indicadores numéricos e ainda mais reservadas sobre a extensão em que consideram os fatores raciais.

³¹² FARRON, Steven. 2014, posições 249-339.

³¹³ FARRON, Steven. 2014, posições 345-349.

³¹⁴ Sheila Foster (1993) frisa, todavia, que a escolha com base na diversidade não afasta por completo o estigma da visão meritória, já que acaba sendo criada uma categoria separada para a “diversidade”. Aquele candidato selecionado por força da “diversidade” continuaria sendo visto como, de algum modo, menos qualificados, com base em critérios neutros, impessoais e objetivos.

³¹⁵ KENNEDY, Randall. 2013, p. 97, posição 1536.

³¹⁶ SILVA, Celso de Albuquerque. 2009, p. 64.

³¹⁷ KENNEDY, Randall. 2013, p. 99, posição 1549.

desqualificados para as posições obtidas, indica, a princípio, que as ações afirmativas acabam por selecionar pessoas menos qualificadas do que os demais competidores³¹⁸.

O foco, portanto, é alterado, das carências e deficiências dos pertencentes às minorias para os benefícios gerados com a sua participação. Assim, embora tenham sido selecionados em detrimento de candidatos aparentemente mais qualificados, os beneficiários em verdade constituem a melhor opção para a posição alcançada, já que contribuem com sua experiência e perspectiva peculiares. Em vez de exceção à meritocracia, sob a ótica da diversidade a ação afirmativa é absolutamente compatível com ela³¹⁹.

Steven Farron acredita, no entanto, que a diversidade é a mais traiçoeira e perniciosa justificativa para a ação afirmativa. Enquanto os outros argumentos admitem que ela é um mal necessário e temporário para criar uma sociedade mais igualitária, a diversidade pressupõe que a discriminação positiva é um bem absoluto, que deve ser perpetuado³²⁰.

E conta que os critérios não acadêmicos utilizados para a admissão nas universidades americanas – como diversidade, importância do caráter – em verdade possuem o único propósito de justificar a discriminação. Nenhuma universidade americana considerou usar critérios que não os estritamente acadêmicos até surgir a necessidade de justificar discriminação em favor da classe mais alta, anglo saxões formados em escolas particulares, porque não podiam competir com os filhos de pobres judeus imigrantes que, apesar de tudo, obtinham melhores resultados nos testes admissionais³²¹.

Como todas as outras universidades no mundo, Harvard, Yale e Princeton admitiam estudantes exclusivamente sob o critério acadêmico. No entanto, ao redor de 1920, ficou evidente que a manutenção de tal critério levaria à crescente admissão de estudantes judeus, a maioria oriunda do leste europeu e, portanto, sem *status* social.

No final do século XIX e início do século XX operou-se um absurdo aumento do

³¹⁸ Steve Farron (2014, posições 1482, 1525, 1574 e 2038) apresenta uma visão bastante polêmica, associada ao determinismo genético. Em seu livro, sustenta que, dentro de um mesmo *status* socioeconômico, brancos e asiáticos costumam ter melhor performance do que negros e que isso se dá porque a inteligência é quase completamente determinada pela genética.

³¹⁹ KENNEDY, Randall. 2013, p. 99, posição 1563.

³²⁰ FARRON, Steven. 2014, posições 214-220.

³²¹ FARRON, Steven. 2014, posições 81-86.

fluxo de judeus para os Estados Unidos da América³²², que acabou por culminar com restrição à imigração no país. Em 1919, a proporção de judeus nas universidades de elite americanas era consideravelmente maior do que a de judeus na sociedade, chegando a 20% em Brown e Harvard, 25% na Pensilvânia e 40% em Columbia. Eles ganhavam todas as bolsas escolares e, apesar da pobreza e da necessidade de trabalho, apresentavam médias melhores do que os gentios. Havia fundado receio de que ainda haveria um crescimento exponencial, que não foi diminuído nem mesmo com o bloqueio das bolsas escolares para os judeus. Não bastasse, a excessiva quantidade de judeus desprovidos de riqueza e *status* social começou a afastar a elite tradicional, que valorizava o aspecto social da universidade, além do acadêmico.

Verificando que, por força da opinião pública, era impossível considerar a distinção racial ou social entre os candidatos para fins de admissão, percebeu-se que, para resolver o problema atinente aos judeus, seria necessário parar de considerar apenas os resultados dos testes admissionais³²³, para analisar também as notas do Ensino Médio. Estas, por não serem uniformes, tornavam difícil a comprovação da discriminação e, ainda, eram medidas menos exatas da habilidade acadêmica. Além disso, a criação de um departamento de admissão daria maior flexibilidade na avaliação dos critérios de admissão e futura adição de outros que pudessem ser avaliados subjetivamente.

A partir de 1919, a Universidade de Columbia, pioneiramente, introduziu um formulário para candidatura com uma série de perguntas inéditas, tais como participação em publicações escolares, organização de musicais, esportes, debates, atividades patrióticas e religiosas no ensino médio, além de lugar de nascimento, religião, nome e ocupação do pai, nome e local de nascimento da mãe. E continuou a perseguir a diversidade, defendendo-se, quando acusada de conduta antissemítica, com o argumento de que também favorecia os negros em detrimento de gentios brancos. Columbia demonstrou que o problema da representação demasiadamente excessiva dos judeus poderia ser resolvido, a partir da adoção de outros (nebulosos) critérios de admissão e abandono da exclusividade dos testes admissionais.

Harvard chegou a anunciar publicamente, em 1922, que adotaria a cota máxima de 15% para os judeus, expondo a necessidade de obter a diversidade no corpo estudantil,

³²² Aproximadamente 226.000 (duzentos e vinte e seis mil) judeus que viviam nos EUA em 1877. Em 1917 este número já representava 3.389.000 (três milhões trezentos e oitenta e nove mil).

³²³ Então CEEB – College Entrance Examination Board.

bem como a sua honestidade em estabelecer um critério objetivo e aberto, em vez de escamoteá-lo. A severa reprovação da opinião pública, no entanto, acabou por demovê-la da ideia. Em 1923, reconheceu que os judeus eram extremamente inteligentes e extraordinários estudantes e manifestou repúdio às cotas, com garantia de manutenção da “política tradicional não discriminatória”. Mas um novo objetivo foi lançado: a criação de um corpo estudantil que representasse apropriadamente todos os grupos da vida nacional, abrangendo estudantes de todas as regiões. Como nem todos seriam aprovados no exame admissional, aceitou-se que todos aqueles que se graduassem entre os sete primeiros colocados de sua classe ficariam eximidos daquele. O equilíbrio regional significaria o controle da proporção dos estudantes judeus. Como esta, no entanto, continuou sendo elevada, a universidade acabou introduzindo nos anos seguintes requisitos de testemunho de caráter, entrevista pessoal e fotografia, que ocasionaram a diminuição da proporção dos judeus. Na década de 30, o percentual de judeus variou entre 13% e 14%, próximos aos 15% anunciados e abaixo dos 27% verificados no outono de 1925. Outras universidades de elite, como Yale, Princeton, Stanford e Chicago adotaram políticas similares, contendo o expressivo aumento da representação dos judeus nos *campi*³²⁴.

Claudio Pereira de Souza Neto e João Feres Júnior também apresentam uma “versão mais crua” da diversidade, a partir dos *amici curiae* que se manifestaram favoravelmente às ações afirmativas no processo relativo às cotas da Universidade de Michigan (*Grutter v. Bollinger* e *Gratz v. Bolinger*), dentre os quais empresas gigantes como *Microsoft*, *Boieng*, *General Motors*, *Merck* e outros 60 nomes que integram a lista da revista *Fortune*. O interesse, revelam os autores, não seria nacional imperativo, mas decorrente de mera sobrevivência corporativa, tendo em vista a dependência cada vez maior da mão de obra de minorias (inclusive em relação ao exército americano)³²⁵.

Ainda em análise crítica do argumento, pondera-se que o simples fato de pertencer a um grupo minoritário não é suficiente para garantir a contribuição com ponto de vista diverso do grupo considerado dominante. Para alguns autores, outras questões como religião e visão política são incomparavelmente mais importantes para a diferença de perspectiva do que a cor da pele, aparência física ou ancestralidade³²⁶ e nem por isso constituem critérios das políticas de discriminação positiva. Argumenta-se, portanto, que

³²⁴ FARRON, Steven. 2014, Capítulo 3, posições 505-1033.

³²⁵ NETO, Claudio Pereira de Souza e FERES JUNIOR, João, 2011, p. 47.

³²⁶ FARRON, Steven. 2014, posições 4077-4082 e 4094.

não se persegue uma verdadeira diversidade de perspectivas e experiências³²⁷. Fosse simples assim, haveríamos de nos indagar por que não há preferência para cristãos fundamentalistas ou neonazistas³²⁸.

O argumento da diversidade também possui o efeito indesejado de pressupor um pensamento homogêneo dentro do grupo minoritário, o que minimiza a articulação de ideias e opiniões dentro dos segmentos e, ainda, as variações decorrentes de sexo, região, experiências pessoais, associações. Favorece, portanto, a generalização e a criação de estereótipos e a doutrina essencialista racial³²⁹.

A dúvida sobre diversidade de quê e para quem é levantada constantemente. Quando se indaga por qual motivo o argumento abrange somente determinados grupos, alguns autores inevitavelmente acabam entrando na seara da discriminação passada³³⁰.

Steve Farron observa que não há qualquer estudo que demonstre que a diversidade é mesmo benéfica como tem sido sustentado. Não obstante, ela tem sido aplicada indistintamente em todas as profissões, embora para a maioria nem mesmo o mais engenhoso defensor da diversidade consiga encontrar um benefício que a fundamente³³¹.

Com efeito, os críticos do argumento questionam a falta de elementos concretos que permitam aferir o incremento do ensino, a facilitação da criatividade e a empatia inter-racial, e apontam estudos que chegam a conclusões diversas³³². Sustentam que, por força dessa fumaça gerada para escamotear as ações afirmativas, a sua extensão é desconhecida e muito maior do que a admitida, os resultados desejados já são previamente determinados e a verdadeira motivação associada a outras considerações – como simples interesse dos grupos beneficiários e manutenção da paz social – em vez de verdadeira consideração do valor da diversidade³³³.

Alguns, contudo, genuinamente acreditam nos benefícios da diversidade, ainda que não o considerem o fundamento principal para as ações afirmativas. Uma certa observação

³²⁷ “Se a diversidade é realmente um objetivo, a maneira óbvia de atingi-la é diretamente e não indiretamente por meio de substitutos como cor da pele, textura do cabelo, ancestralidade e sobrenome” (FARRON, Steven. 2014, posição 4019)

³²⁸ Nesse sentido, famosa é a frase do professor da Faculdade de Direito de Yale, Jed Rubinfeld (1997, p. 471, tradução livre): “Todos sabem que na maioria dos casos não se está perseguindo verdadeiramente a real diversidade de perspectivas e experiências (por que não preferências para cristãos fundamentalistas ou para neonazistas?).”

³²⁹ FOSTER, Sheila. 1993.

³³⁰ JACOBS, Lesley A. 2003, p. 124.

³³¹ FARRON, Steven. 2014, posição 4094.

³³² KENNEDY, Randall. 2013, p. 101, posição 1591.

³³³ KENNEDY, Randall. 2013, p. 102, posição 1616.

permitiria concluir que, ao menos em alguns aspectos ou, ainda, em determinados contextos, a diversidade acaba por contribuir para a melhoria do ensino, do desempenho da atividade e do processo decisório. Dentre eles, Randall Kennedy³³⁴.

Para o autor, também não se pode esquecer dos limites da sinceridade, já que, em alguns casos, os altos custos ou a possibilidade de nefastas consequências acabam por não recomendar a mais absoluta franqueza em relação a alguns pontos. Assim, pessoas bem-intencionadas seriam, por vezes, obrigadas a recorrer a subterfúgios para contornar questões delicadas originadas da má conduta racista. E lembra que, no virtuoso julgamento *Brown vs. Board of Education*, a Suprema Corte, apesar de honrosa, não foi inteiramente verdadeira, evitando mencionar abertamente o mal que a segregação institucionalizada representava³³⁵.

Sheila Foster acredita que a diversidade pode ser uma justificativa para as ações afirmativas, desde que seja reformulada e passe a abarcar uma visão retrospectiva e prospectiva. Retrospectiva ao reconhecer a construção histórica de certas diferenças e objetivando contrapor os resultados decorrentes desta construção, incluindo todos os indivíduos em todos os níveis sociais. E prospectiva, ao admitir os benefícios da inclusão daqueles historicamente excluídos no processo decisório que determina o padrão e as normas a partir dos quais são julgados³³⁶⁻³³⁷.

Lesley Jacobs associa o conceito da diversidade ao de justiça. Entende que aquela é importante não apenas por razões instrumentais, no sentido de que a construção da diversidade seria economicamente eficiente para garantir adaptações à economia globalizada e às alterações das composições étnicas e demográficas nos mercados internos.

³³⁴ KENNEDY, Randall. 2013, p. 103, posição 1632.

³³⁵ KENNEDY, Randall. 2013, pp. 104-5, posições 1640 a 1655.

³³⁶ FOSTER, Sheila. 1993.

³³⁷ A autora defende que, sob o paradigma igualitário, tratar todas as diferenças da mesma forma molda a diversidade como um princípio vazio. Diferenças apenas podem ser tratadas igualmente quando extraídas do mesmo contexto sociopolítico. Considerá-las em um vácuo sociopolítico é ponto central no vazio do conceito da diversidade, pois apaga por completo as histórias de opressão e ofusca a saliência de determinadas características.

Argumenta que, por várias vezes e em diversos contextos, uma multiplicidade de diferenças pode ser considerada base de desvantagem social. Assim, uma religião em particular ou a forma física de obesos podem, por exemplo, desfavorecer determinadas pessoas em certos contextos. Além disso, diferenças de classe, oportunidade de educação ou origem geográfica também podem, muitas vezes, se traduzir em desvantagem social com base nas preferências institucionais ou individuais.

No entanto, para a autora, os preconceitos e preferências individuais devem ser distinguidos da exclusão sistemática e da desvantagem resultante da construção social de certas diferenças "salientes" nesta sociedade. (FOSTER, Sheila. 1993)

Mas também porque a diversidade é o reflexo das diferentes identidades culturais e estas conferem contexto às opções que fazemos na vida. De modo que, sem a identidade cultural, nossas vidas são empobrecidas de significado. E, assim, se o pluralismo é garantido mas não é refletido nas instituições da sociedade civil, o significado da vida de inúmeras pessoas é fragilizado. A ideia de justiça rejeita o conceito de que o vencedor leva tudo e limita as perdas potenciais em uma competição. Favorecendo a lógica de que o indivíduo não deve ter que sacrificar a sua identidade cultural para ter acesso a oportunidades competitivas na sociedade civil³³⁸.

3.3 – Objeções tradicionais. Dos critérios proibidos à discriminação reversa

Acreditamos que, a esta altura, o leitor já tenha percebido que as ações afirmativas, embora sejam uma realidade em inúmeros países, são absolutamente polêmicas, sendo árdua, para não dizer impossível, a tarefa de encontrar pontos desprovidos de controvérsia. Suscitam enorme dificuldade e intensos debates pois aflorada a máxima de que a igualdade é combatida com alegações de igualdade³³⁹.

Inúmeras são as críticas e também as declarações de amor a ela direcionadas. Alguns a consideram “protecionismo aviltante”³⁴⁰. No outro extremo, há quem as classifique como “uma das mais importantes conquistas do direito contemporâneo”³⁴¹. Para melhor estudo do tema, analisaremos de modo mais detalhado algumas objeções regularmente feitas, não obstante possam ter sido tratadas esparsamente nas linhas anteriores.

a) Impossibilidade de classificação baseada em critérios proibidos

Ab initio, alega-se que os textos normativos devem apresentar neutralidade, sendo juridicamente proibida qualquer forma de discriminação³⁴². No entanto, a ideia de proibição pura e simples de discriminação por sexo, raça ou outra classificação deve ser afastada³⁴³. Como frisado ao longo deste trabalho, os critérios não podem ser destacados de

³³⁸ JACOBS, Leslie. 2003, pp. 129-130.

³³⁹ Cf. nota 272.

³⁴⁰ CUNHA, Paulo Ferreira da. 1999, p. 312.

³⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, 2003, p. 72.

³⁴² SANTOS, Élvio Gusmão, 2009, p. 12; MENEZES, Paulo Lucena de. 2003, p. 40.

³⁴³ MCHARG, Aileen e NICHOLSON, Donald. 2006, p. 18; MCCRUDEEN, Christopher. 1986, p. 241.

seu propósito. Não se pode considerar todo tipo de classificação como odiosa independentemente do propósito perseguido, dos objetivos e benefícios³⁴⁴. O problema reside no preconceito em razão desses critérios e não nos critérios em si³⁴⁵.

É, de fato, profundamente injusto e prejudicial ser condenado pelas características naturais. Este tipo de discriminação prejudica as vítimas em quase todas as perspectivas e esperanças que possam imaginar, destruindo-lhes a vida. As pessoas são rejeitadas pelo que são e é, deste modo, absolutamente natural que tais classificações, em especial a racial, sejam vistas como capazes de infligir um tipo especial de dano. Mas seria cruel impedir que pudessem ser utilizadas justamente para o combate de tal tipo de discriminação – verdadeira causa dos danos³⁴⁶.

Ademais, para distinguir o uso maligno de tais classificações em comparação com o benigno, podemos nos socorrer do critério de Ronald Dworkin de definir um direito individual que as formas malignas de discriminação transgridam, mas que programas bem elaborados de ação afirmativa não o façam: “o direito fundamental que cada cidadão tem de ser tratado pelo governo, e pelas instituições que têm apoio do governo, como igualmente dignos de consideração e respeito”³⁴⁷.

A diferença de tratamento decorrente das ações afirmativas não pode ser considerada odiosa. Embora diminua em alguma medida as oportunidades para os não beneficiários em relação a posições escassas e em geral de alto valor, não representa um esforço para humilhá-los, bani-los ou estigmatizá-los. Não é plausível imaginar que as discriminações positivas sinalizem que os não beneficiários pertencem a uma classe inferior que deve ser segregada³⁴⁸.

³⁴⁴ Nesse sentido leciona Maria Lúcia Amaral (2004, p. 54), referindo-se à Constituição Portuguesa: “À partida, os limites decorrentes do n.º 2 do artigo 13.º aparecer-lhe-ão como indicadores negativos; mas a proibição de constituição de diferenças em função de cada uma das características pessoais que é enumerada pela Constituição não pode valer para a lei de modo absoluto. A razão por que tal sucede é simples: cada “discriminação proibida” tem que ser interpretada, e qualificada, de acordo com o restante sistema constitucional. Pode por isso suceder que, perante a indagação desta justiça de sistema, se conclua que, face a cada uma delas, a resposta seja diversa: haverá eventualmente características pessoais que, pelo seu lugar no “sistema”, valham sempre como proibições de discriminação; outras que tolerem a constituição legislativa de diferenças a seu respeito; e ainda outras que imponham essa mesma construção (legal) de diferenciações.”

³⁴⁵ V. item 2.2 do presente trabalho.

³⁴⁶ DWORKIN, Ronald. 2005, p. 577.

³⁴⁷ DWORKIN, Ronald. 2005, p. 576.

³⁴⁸ KENNEDY, Randall. 2013, p. 110, posições 1736-1741. Para realçar que as ações afirmativas não constituem forma de subordinação racial, o autor sublinha que elas jamais seriam implementadas ou resistiriam não fosse ao menos a tolerância passiva de um considerável setor de brancos politicamente engajados. E afirma que a história das ações afirmativas é a história de brancos optando por aumentar o número de latinos e negros em instituições-chave, com a consequente diminuição da quantidade de pessoas

Não obstante, a utilização dos critérios elencados como suspeitos em documentos internacionais e nacionais é, por vezes, vista com desconfiança, ainda que o propósito do programa de ação afirmativa seja louvável. A Suprema Corte dos Estados Unidos da América, por exemplo, desfavoreceu as classificações baseadas em raça ou etnia e as submeteu ao “escrutínio estrito” – critério mais rigoroso de revisão judicial – justamente por considerá-las inerentemente suspeitas, sob o enfoque da 14ª Emenda Constitucional e do Título IV do *Civil Rights Act* de 1964³⁴⁹. O aludido critério exige que as instituições

brancas. E os propósitos são vários: diversidade, integração, retificação, busca por paz social, entre outros. Mas nunca inferiorização por força da raça. (pp. 111, posições 1750-1753).

³⁴⁹ Robert A Parrish (2013, posição 47) afirma que, desde 1970, a Suprema Corte dos EUA tem lentamente desmantelado os programas de ação afirmativa na educação superior. Randall Kennedy (2013, pp. 57-66, posições 843-975) reforça essa visão, dizendo que, antes da ascensão de Ronald Reagan, a Suprema Corte demonstrava uma relutante tolerância em relação às ações afirmativas, tornando-se, após, progressivamente hostil. Três julgamentos seriam ilustrativos: *Wigant v. Jackson (Michigan) Board of Education* (1986), *City of Richmond v. J.A. Croson Co.* (1989), e *Adarand Constructors v. Peña* (1995).

No primeiro caso, o acordo coletivo entre o Conselho de Educação de Jackson (Michigan) e a associação local dos professores que concedia especial proteção aos professores negros, índios, orientais ou com descendência espanhola, no que tange a dispensas temporárias, ultrapassando a convenção de dispensar primeiro os contratados mais recentes. O acordo foi realizado, pois, como as contratações dos pertencentes a minorias eram todas recentes (até 1954 nenhum negro havia sido contratado como professor em Jackson), era previsível que, em caso de eventual crise econômica, a convenção tradicional ensinaria um fardo evidentemente mais elevado para eles, os afetando de modo desproporcional. No entanto, quando as dispensas temporárias se tornaram necessárias, em 1974, o Conselho de Educação não cumpriu o acordado, gerando uma disputa judicial. No curso desta, no entanto, decidiu aderir ao que havia sido coletivamente negociado. Em consequência, os professores não pertencentes a grupos minoritários que foram dispensados, apesar de sua antiguidade, ajuizaram demandas judiciais, alegando serem vítimas de discriminação racial inconstitucional.

As cortes inferiores entenderam improcedentes as alegações, mas a Suprema Corte julgou em sentido oposto. Salientou a insuficiência das reivindicações gerais de discriminação social para que seja empregada a seletividade racial corretiva, havendo exigência de que qualquer classificação racial governamental seja submetida ao escrutínio estrito. Afirmou que a ideia de que estudantes negros ficam melhores com professores negros, se levada ao extremo, pode ensejar o retorno ao sistema de segregação condenado em *Brown v. Board of Education* (que será tratado mais adiante). E sustentou que o tipo particular de seletividade racial examinado era muito penoso para ser aceito, pois punha inteiramente sobre determinados indivíduos o fardo para atingir igualdade racial, resultando, muitas vezes, em graves perturbações na vida destes.

Em *City of Richmond v. J. A. Croson*, a Suprema Corte enfrentou um caso sobre um programa aprovado em Richmond (Virginia), em 1983, por meio do qual aqueles construtores que adjudicassem contratos públicos deveriam subcontratar pequenas empresas pertencentes a minorias, em valor não inferior a 30% do contrato. O programa se baseou em um estudo, segundo o qual, apesar de possuir 50% de negros na população, somente 0,67% dos principais contratos de construção haviam sido adjudicados por empresas pertencentes a minorias, no período de 1978 a 1983. A Suprema Corte endossou a decisão inferior no sentido da inconstitucionalidade do programa, argumentando que o governo federal tem mais margem do que Estados e Municípios para anular os efeitos da discriminação racial; que qualquer seleção baseada na raça deve se submeter ao escrutínio estrito; e que a alegação de discriminação pretérita era muito genérica, acreditando que a comparação entre o número de contratados era equivocada, pois deixou de considerar a quantidade de firmas pertencentes a minorias efetivamente qualificadas na área. Assim, o município havia falhado na demonstração de interesse imperativo em repartir as oportunidades no âmbito da contratação pública, com base em critério racial.

Já *Adarand Constructors v. Peña* (1995) envolvia discussão a respeito de uma legislação que utilizava presunções raciais para identificar indivíduos em desvantagem econômica e social, os quais poderiam ser

somente utilizem a raça como fator para conferir benefícios ou oportunidades a estudantes quando puderem estabelecer que esta prática serve a interesse imperioso e que foi formulada sob medida estrita para servir a tal interesse³⁵⁰.

Lesley Jacobs distingue a interação entre pessoas “face a face” daquela representativa, para fins de permitir ou não o uso de critérios raciais. Afirma que, na primeira, os indivíduos interagem diretamente, sendo equivocado permitir tratamento heterogêneo de acordo com a identidade racial. Assim, a raça, por exemplo, não deve ser fator de relevância quando o professor lida diretamente com seus estudantes. Já na interação representativa (de órgãos governamentais, corporativas ou de instituições cívicas e comunitárias) seria possível o tratamento preferencial em decorrência de critérios étnico-raciais, como forma de remediar os efeitos do racismo nas oportunidades competitivas da sociedade civil. E conclui que as críticas quanto à adoção de tais critérios normalmente deixam de reconhecer a distinção entre tais tipos de interação, aplicando de modo equivocado os padrões normativos de um em outro³⁵¹.

b) Incentivo à discórdia social

Sustenta-se, também, que as discriminações positivas aumentam o ressentimento e incentivam a discórdia social³⁵². Podem gerar sérios e desproporcionais ressentimentos intergrupais, em razão da transferência de recursos a partir de critérios considerados ilegítimos pelos grupos não beneficiários³⁵³. E exemplos de violência contra indivíduos favorecidos por ações afirmativas, existentes ao redor do mundo, seriam comprobatórios de tal alegação³⁵⁴.

Em contraposição, é possível objetar com o seguinte: (i) trata-se de argumento pessimista, o qual não se concretizou em inúmeros casos efetivos de adoção de medidas de

contratados por determinadas firmas que recebiam incentivos financeiros públicos. Repudiando precedentes favoráveis às ações afirmativas (Fullilove e Metro Broadcasting), a Suprema Corte Norte-Americana considerou inconstitucional tal programa, ressaltando que inclusive as ações afirmativas de iniciativa do Governo deveriam ser submetidas ao escrutínio estrito.

³⁵⁰ COLEMAN, Arthur L. e TAYLOR, Teresa E. *In* KAHLENBERG, Richard D. 2014, posições 913-926.

³⁵¹ JACOBS, Leslie. 2003, pp. 140-141.

³⁵² CUNHA, Paulo Ferreira da. 1999, p. 306; KAUFFMAN, Roberta Fragoso Menezes, 2007, p. 231-2; SANTOS, Elvino Gusmão, 2009, p. 12.; MCCRUDEN, Christopher. 1986, p. 241.

³⁵³ SOWELL, Thomas. 2004, pp. 16-17.

³⁵⁴ Thomas Sowell (2004, p. 18) conta, por exemplo, que, na Índia, 42 pessoas morreram em decorrência da discórdia em relação à reserva de vagas para intocáveis na faculdade de medicina no Estado de Gujarat. E defende que no Sri Lanka a violência foi ainda maior.

discriminação positiva³⁵⁵; (ii) em sentido oposto ao defendido, as políticas afirmativas geram maior tolerância e harmonia; e (iii) de toda sorte, a manutenção da desigualdade e da exclusão social pode, do mesmo modo, gerar tensões sociais.

Ademais, os programas de ações afirmativas não diferem, em última análise, de outras medidas igualmente vantajosas para alguns segmentos e que nunca foram questionadas em sua legitimidade, como, no caso das universidades americanas, as preferências para ex-alunos e atletas^{356_357}.

c) Verdadeiros Beneficiados x Prejudicados

Outra alegação comum, mais fortemente vinculada à imposição de cotas, se refere ao fato de o benefício gerado pelas políticas afirmativas ser usufruído de modo individual e não coletivo, pelo grupo discriminado. E aqueles que auferem as vantagens não poderiam ser tidos como verdadeiros representantes deste, na medida em que formam uma “casta dentro da minoria”³⁵⁸.

Este problema, contudo, está relacionado não apenas à escassez de recursos, mas às dificuldades próprias de qualquer política baseada em grupo³⁵⁹. Com efeito, uma vez que os recursos possuem limitações, nem sempre o grupo como um todo poderá ser beneficiado. Mas isto é válido na existência das ações afirmativas ou não, bastando aumentar o universo (o grupo das pessoas que objetivam aquele recurso), para verificar a falha no argumento.

De outro lado, tendo em vista a complexidade e a sobreposição das formas de discriminação, bem como a imperiosa generalidade da medida afirmativa, infelizmente a individualização perfeita não é possível, sendo contingencial a ocorrência de injustiças

³⁵⁵ SARMENTO, Daniel. *In* FERREIRA, Renato. 2011, p. 93.

³⁵⁶ KENNEDY, Randall. 2013, pp. 111-112, posições 1753-1758.

³⁵⁷ Thomas Sowell (2004, pp. 188-189) rebate este argumento defendendo que o simples fato de ter existido precedente não é suficiente para justificar as ações afirmativas, uma vez que tudo o que já foi feito errado – desde atravessar a rua em desrespeito à sinalização até genocídio – tem precedente.

³⁵⁸ “Ora o que se verifica é que continua o grupo a ser segregado, porque as cotas são sempre irrisórias, e quem entra, quem beneficia, usufrui pessoalmente e não pelo grupo. Os que beneficiam são membros de uma casta dentro da minoria, e as mais das vezes, participando efetivamente de uma cultura cosmopolita e internacionalista, racionalista e desenraizada, não a compreendem bem; e por isso não a podem verdadeiramente representar.” (CUNHA, Paulo Ferreira da. 1999, p. 302); “Os opositores das políticas de ação afirmativa, por sua vez, alegam: (...) as deficiências e desvantagens que são identificadas em determinados grupos variam de indivíduo para indivíduo, de maneira que os benefícios concedidos por meio dessas políticas terminam alcançando pessoas que não necessitam deles” (MENEZES, Paulo Lucena de. 2003, p. 40).

³⁵⁹ CALVÈS, Gwénaële (2010, p. 9) ressalta que a discriminação positiva é uma política baseada em grupo.

genuínas³⁶⁰. Como em qualquer outro campo, no entanto, a possibilidade destas não invalida a medida genericamente tomada³⁶¹.

Seguindo a mesma lógica, argumenta-se que as preferências afetam negativamente determinados indivíduos dentro do grupo não minoritário. Assim, por exemplo, em ações afirmativas associadas ao mercado de trabalho, os maiores prejudicados são os jovens e a classe trabalhadora³⁶². O mesmo raciocínio de grupo acima exposto, no entanto, serve para combatê-lo, sendo de se ressaltar que, como se verá adiante, de um modo geral, o efeito das políticas em grupos não minoritários é menor do que se imagina³⁶³.

d) O Mérito

A questão meritória, uma das que mais suscita polêmica e encontra repercussão na sociedade, igualmente merece atenção. Seria possível atribuir determinado cargo ou vaga a determinados sujeitos, em detrimento de outros candidatos que demonstram possuir índices mais significativos de preparo?

A objeção em relação ao mérito evoca, de um modo geral, a presença de duas figuras complementares. A primeira, vítima inocente de discriminação às avessas, uma vez que, em se tratando de recursos escassos, a concessão de benefícios a uns se faz necessariamente em detrimento de outros. E a segunda, o indivíduo incompetente que, sem as medidas de discriminação positiva, não alcançaria tal posição, vaga. Sob o ponto de vista objetivo, há a crítica de diminuição da qualidade no espaço de atuação da discriminação positiva (queda de produtividade na empresa ou no serviço público,

³⁶⁰ MCHARG, Aileen e NICHOLSON, Donald. 2006, p. 13.

³⁶¹ “Tem relevância a alegação de que o sistema de verificação de quotas conduz à prática de arbitrariedades pelas comissões de avaliação, mas não consubstancia argumento definitivo contra a adoção da política de quotas. A toda evidência, na aplicação do sistema, as distorções poderão ocorrer, mas há de se presumir que as autoridades públicas irão se pautar por critérios razoavelmente objetivos. Afinal, se somos capazes de produzir estatísticas consistentes sobre a situação do negro na sociedade, e, mais ainda, se é inequívoca e consensual a discriminação existente em relação a tais indivíduos, parece possível indicar aqueles que devem ser favorecidos pela política inclusiva. Para tanto, contamos com a contribuição dos cientistas sociais. Descabe supor o extraordinário, a fraude, a má-fé, buscando-se deslegitimar a política. Outros conceitos utilizados pela Constituição também permitem certa abertura – como os hipossuficientes, os portadores de necessidades especiais, as microempresas – e isso não impede a implementação de benefícios em favor desses grupos, ainda que, vez por outra, sejam verificadas fraudes e equívocos” (trecho extraído do voto do Ministro Marco Aurélio de Mello no julgamento da ADPF nº 186, do Supremo Tribunal Federal Brasileiro. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186MMA.pdf>)

³⁶² MCCRUDEN, Christopher. 1986, p. 241.

³⁶³ V. “Discriminação Reversa”, no item 3.3, alínea “f”, do presente trabalho.

diminuição da excelência no ensino universitário). E, subjetivamente, o beneficiário é estigmatizado como inferior, incapaz³⁶⁴.

Mas – defendem alguns autores – muitos dos traços que as pessoas tendem a admirar e enaltecer – inteligência, conhecimento, criatividade, discernimento – são aleatórios e não estão intrinsecamente associados a qualquer esforço individual. Diferentemente, decorrem de uma combinação de circunstâncias que estão além do controle, como ser saudável, nascer provido de genialidade, possuir pais atenciosos e carinhosos, morar em vizinhança decente³⁶⁵.

Como observa Ronald Dworkin, “as pessoas não são responsáveis por muito daquilo que lhes determina a posição em tal economia. Não são responsáveis pela sua herança genética nem pelo talento inato. Não são responsáveis pela boa e má sorte que têm ao longo da vida”³⁶⁶. Ninguém merece a sua maior capacidade natural nem é digno de um ponto de partida mais favorável na sociedade, nos dizeres de John Rawls³⁶⁷.

Assim, o próprio conceito de mérito pode ser discutido. Não se trata de conceito abstrato e ahistórico, dependendo daquilo que for destacado por cada sociedade³⁶⁸. Considerado, por exemplo, como maior utilidade social, pode justificar a escolha de indivíduos aparentemente “menos preparados”, tendo em vista outros valores que tragam maior ou igual utilidade para a sociedade.

Aqui é possível fazer um paralelo com a ideia de justiça³⁶⁹ e, conseqüentemente, a

³⁶⁴ CALVÈS, Gwénaële, 2010, pp 32-33.

³⁶⁵ KENNEDY, Randall. 2013, p. 113. posição 1775.

³⁶⁶ DWORKIN, Ronald. 2012, p. 15.

³⁶⁷ Apud KENNEDY, Randall. 2013, p. 113, posição 1775.

³⁶⁸ RIOS, Roger Raupp, *In FERREIRA, Renato*. 2011, p. 242. O autor ressalta, ainda, que, em contextos sociais em que a desigualdade racial é profunda, até a possibilidade de comparação de mérito individual (entendido somente como pontuação em determinado teste de conhecimento) resta fragilizada, diante dos patamares tão díspares em que as pessoas estão posicionadas.

³⁶⁹ Pertinente aqui é a ilustração de Amartya Sen sobre a dificuldade de se estabelecer um critério único de justiça, sendo possível, às vezes, a coexistência de diversas razões imparciais e devidamente fundadas para uma seleção:

“No âmbito do particular problema relativo à hipótese de uma solução imparcial única que nos indique a sociedade perfeitamente justa, encontramos a possível sustentabilidade de razões de justiça plurais e concorrentes, tendo todas elas bons títulos de imparcialidade, sem embargo de divergirem entre elas – e de entre si rivalizarem. Permitam-me ilustrar este problema com um exemplo. Nele, o leitor terá de decidir qual de entre três crianças – Ana, Bernardo e Carla – deverá ficar com essa flauta sobre a qual os vemos a discutir. Ana reivindica a flauta com fundamento no facto de ser ela a única dos três que sabe tocar (os outros não o negam), e de que seria muito injusto que se negasse a flauta à única pessoa que, de facto, consegue tocar flauta. Se tudo o que o leitor sabe se resumisse a isso, então a tese favorável a que se desse a flauta à primeira criança seria muito forte.

Num cenário alternativo, já seria Bernardo a não se deixar ficar. Agora é a sua vez de falar, e para fazer valer a sua pretensão sobre a flauta, lembra que, dos três, ele é o único a ser tão pobre que não tem quaisquer

possibilidade de múltiplos critérios preencherem satisfatoriamente a noção de merecimento. Razões distintas e concorrentes podem justificar a atribuição de determinado bem escasso a um indivíduo, inexistindo um juízo único e absoluto que possa ser preestabelecido, como os opositores das ações afirmativas pretendem fazer crer.

Respondendo à indagação se a ação afirmativa viola o direito dos candidatos de só serem julgados com base nas qualificações individuais, Ronald Dworkin afirma que, para o ensino universitário, a qualificação relevante não considera realizações passadas ou dotes naturais, mas sim as possibilidades futuras. Vale dizer, a admissão na Universidade não constitui um prêmio por feitos pretéritos ou medalha por talentos ou virtudes inerentes, mas sim um reconhecimento de quem é capaz de dar a maior contribuição possível para as metas legitimamente instituídas.

Assevera que “nenhum aluno tem direito a uma vaga na universidade devido a realizações passadas ou virtudes, talentos ou outras qualidades inatas: só se devem julgar os alunos pela probabilidade de contribuição que cada um deles, em combinação com outros selecionados pelos mesmos critérios, fará para as diversas metas que a instituição escolheu legitimamente”.³⁷⁰

De toda sorte, de um modo geral, as medidas afirmativas não implicam a total subversão do sistema meritório tal como visto hoje pela sociedade³⁷¹, apenas o relativizam

brinquedos. A flauta seria, pois, algo com que pudesse brincar (e os outros dois concedem que são mais ricos e mais bem fornecidos no que toca a amenas diversões). Acaso o leitor se limitasse a ouvir o Bernardo e não tivesse ouvido nenhum dos outros, a tese favorável a que se lhe desse a flauta seria realmente forte.

Seja ainda outro cenário alternativo. Desta feita, é a vez de falar da Carla, e ela lembra-nos que esteve a trabalhar com grande afincamento durante vários meses para conseguir construir a flauta com o trabalho das suas próprias mãos (coisa que é confirmada pelos outros); e no preciso momento em que ela tinha conseguido acabar o seu trabalho, nesse preciso instante, queixa-se ela, vêm estes expropriadores e tentam arrancar-me a flauta das mãos. Como a declaração de Carla fosse a única que o leitor tivesse tido a ocasião de ouvir, então bem poderia estar inclinado a dar-lhe a flauta, assentindo na sua pretensão muito compreensível de vir reivindicar algo que ela própria fez”. (SEN, Amartya. 2012, p. 51)

³⁷⁰ DWORKIN, Ronald. 2005, pp. 569-72.

³⁷¹ Referente especificamente ao sistema de cotas para ingresso nas universidades públicas brasileiras, o seguinte trecho pode servir de exemplo quanto à relatividade do conceito de mérito: “[o princípio do mérito] é evocado por aqueles que se opõem à política de cotas, acusando-a exatamente de desrespeitá-lo. Entretanto, exame isento de preconceitos desvela a notória realidade sobre tal medida afirmativa, que, em verdade, intenta consagrar o mérito daqueles que, analisadas as condições sociais, históricas e de oportunidades que tiveram ao longo dos anos, também o possuem. O Princípio do Mérito, enquanto corolário do Princípio Republicano, está a indicar a necessidade de o Estado, orientado pelo interesse mais condizente com a preservação da coisa pública, selecionar, dentre os candidatos que ingressarão na universidade, aqueles que apresentam a melhor capacidade de exercer as funções para quais se dedicarão futuramente. Ou seja, o mérito se volta à correlação entre o potencial do candidato e as aptidões que lhe exigirá a profissão que pretende seguir.

Ocorre que no Brasil o suposto mérito é analisado a partir, unicamente, dos resultados obtidos nos exames vestibulares, que são um mecanismo de aferição ultrapassado e que analisam a capacitação pretérita do

em pequena medida, com base na ponderação com outros valores igualmente consagrados nos textos constitucionais.

e) O Estigma

Associado ao mérito, o risco de estigmatização dos beneficiários das medidas preferencias constitui outra bandeira levantada pelos opositores³⁷². Aventa-se que aqueles que conseguem suceder por meio das ações afirmativas acabam sendo assinalados com a mancha da incompetência, como se fossem desqualificados para o lugar ocupado. A estereotipagem, afirmam especialistas, não é apenas externa, mas também interna, representando o modo como o próprio indivíduo se vê³⁷³.

Qualificação normalmente é o fator primordial na decisão de selecionar, de forma a gerar a presunção de competência do escolhido. As ações afirmativas criam a possibilidade de outros fatores influenciarem as decisões seletivas, o que leva as pessoas a diminuírem a importância da conquista e acreditarem que os beneficiários não são competentes. Ademais, os próprios beneficiários, considerando a hipótese e verificando a percepção dos outros, acabam por duvidar de sua própria capacidade³⁷⁴.

A estigmatização afetaria negativamente não apenas aqueles que efetivamente foram favorecidos pelo tratamento preferencial, mas todos aqueles que potencialmente poderiam sê-lo³⁷⁵. Ademais, segundo alguns estudiosos, as ações afirmativas podem gerar efeito negativo em qualquer grupo sobre o qual recaiam, ainda que, na sociedade em geral, este não seja a princípio crônica e negativamente estereotipado³⁷⁶.

Como ressalta Élvio Gusmão Santos “negros, brancos, amarelos, pardos, índios ou aborígenes australianos devem ser como indivíduos e vistos como tais. Não devem ser avaliados e nem julgados conforme a sua raça, credo, cor ou origem, nem conforme o

candidato, sem estabelecer uma suficiente e imprescindível ligação com as características que serão exigidas do mesmo durante o ensino superior e, principalmente, a vida profissional.” (WILLEMANN, Flavio de Araujo e COELHO, Bernardo Bichara. 2011, p. 250)

³⁷² MENEZES, Paulo Lucena de. 2003, p. 40; MCCRUDEN, Christopher. 1986, p. 241.

³⁷³ LESLIE, Lisa M; MAYER, David M.; KRAVITZ, David A. 2014, pp 964-967, 980.

³⁷⁴ LESLIE, Lisa M; MAYER, David M.; KRAVITZ, David A. 2014, pp 966.

³⁷⁵ KENNEDY, Randall. 2013, p. 115, posição 1805.

³⁷⁶ LESLIE, Lisa M; MAYER, David M.; KRAVITZ, David A. 2014, pp 981. Os estudiosos relatam, no entanto, que a sua conclusão difere de outros estudos apresentados, no sentido de que a possibilidade de estereotipagem das ações afirmativas se restringe aos grupos que já são objeto de estereotipagem crônica na sociedade em geral.

grupo a que pertencem, mas sim como indivíduos portadores de características físicas, biológicas, genéticas e culturais diversas”³⁷⁷.

Em diversos julgamentos, a Suprema Corte Norte-Americana já demonstrou preocupação com este efeito colateral. O magistrado Powell, em *Bakke*, declarou que programas preferenciais apenas reforçam estereótipos comuns, mantendo a ideia de que certos grupos são incapazes de chegar ao sucesso se especial proteção baseada em fator que não possui qualquer relação com o mérito individual³⁷⁸. Do mesmo modo, o magistrado O’Connor em *City of Richmond v. J. A. Croson*³⁷⁹. O magistrado Clarence Thomas defendeu que tais políticas carimbam as minorias com um distintivo de inferioridade³⁸⁰.

A marca indelével decorrente das ações afirmativas é um fenômeno concreto, que tem o potencial de desviar os esforços organizados para criar e manter a diversidade no ambiente³⁸¹.

Por força disso, potenciais beneficiários de tratamento preferencial já elaboraram verdadeiros manifestos contra as discriminações positivas. Em *Nous ne sommes pas de quotas*, Julie Elie exprime severa oposição ao sistema de cotas, fazendo afirmações duras como “algumas amazonas frustradas, apoiadas por eunucos culpados, infligem as piores humilhações às mulheres que elas querem reduzir à sub-condição de cota”³⁸² e “este novo politicamente correto é de vomitar”³⁸³.

No extremo oposto, encontra-se Randall Kennedy, que estudou em Princeton e Yale (onde se formou em Direito) e se tornou professor em Harvard por meio de ação afirmativa. O autor declara não se sentir menosprezado por ter alcançado sua posição a partir de tratamento preferencial. Ressalta que, apesar de ser comum as pessoas

³⁷⁷ SANTOS, Élvio Gusmão. 2009, p. 29.

³⁷⁸ 438 U.S., p. 298; 1978.

³⁷⁹ 488 U.S., pp. 469, 493; 1989.

³⁸⁰ *Adarand v. Peña*, 515 U.S. 200, 241; 1995.

³⁸¹ LESLIE, Lisa M; MAYER, David M.; KRAVITZ, David A. 2014, p. 982.

³⁸² ELIE, Julie. 2013, pp. 11.

³⁸³ Trecho ilustrativo do que se acaba de mencionar:

“É moral e intelectualmente inaceitável que seja possível triar os seres humanos em função do sexo, orientação sexual, cor da pele ou religião. Isso cheira absolutamente mal.

Este novo politicamente correto é de vomitar. Como é possível, a esta altura, desprezarmos o indivíduo para reduzi-lo a qualquer critério? Mas, sobretudo, como é possível nos vangloriarmos? A seleção em razão do sexo, religião, cor da pele constitui uma forma de segregação extremamente perigosa.

Nós somos todos diferentes. Diferentes como os outros. A diversidade não deve ser nem uma obrigação moral, nem uma coação social. A diversidade não é um objetivo. A diversidade é natural, normal.” (ELIE, Julie. 2013, pp. 61-62)

conceberem de forma equivocada as conquistas, atribuindo-as inteiramente a esforços individuais e talento, em verdade elas advêm de muitas fontes: esforço individual, sorte (de ter corpo e mente sãos) e suporte social (família, escolas, bibliotecas, parques, laboratórios)³⁸⁴.

Independentemente de a estereotipagem poder constituir um efeito colateral das ações afirmativas, sua eventual ocorrência não desaconselha a implementação destas³⁸⁵. Não apenas porque o decurso do tempo com maior quantidade de representantes de minorias ocupando e desempenhando atividades a que antes não tinham acesso tende a demonstrar a plena capacidade e, com isso, diminuir a estigmatização. Mas também porque o potencial equívoco na percepção externa não desfaz os benefícios gerados com o desenvolvimento individual daqueles que tiveram oportunidades antes absolutamente inexistentes.

De toda sorte, para prevenir a estigmatização, doutrinadores sugerem: (i) a divulgação das qualificações daqueles que são beneficiários das ações afirmativas; (ii) combater a percepção de que as ações afirmativas estão em desacordo com os interesses dos não-beneficiários, demonstrando, por exemplo, que o aumento da diversidade eleva o potencial de desenvolvimento da organização como um todo e, portanto, favorece inclusive aqueles que não são alvo direto das políticas³⁸⁶.

f) Discriminação Reversa

A discriminação reversa é a maior bandeira dos críticos às ações afirmativas, em especial em sua modalidade mais invasiva, qual seja a política de cotas. Curioso observar, no entanto, que, mesmo antes do surgimento de tais políticas, medidas adotadas em benefício de um grupo, ainda que destinadas a diminuir situações de desfavorecimento, foram chamadas de discriminatória às avessas.

Como conta Randall Kennedy, nos Estados Unidos da América, desde o princípio, todas as providências adotadas para impedir a discriminação racial (e conseqüentemente diminuir privilégios de brancos) foram, por alguns, taxadas de discriminatórias, por favorecer os negros. Assim o foi em 1886, quando editada a lei dos direitos civis (*The Civil Rights Act*), que declarou cidadãos todas as pessoas nascidas nos Estados Unidos da

³⁸⁴ KENNEDY, Randall. 2013, p. 10, posição 128-131.

³⁸⁵ LESLIE, Lisa M; MAYER, David M.; KRAVITZ, David A. 2014, pp 983.

³⁸⁶ LESLIE, Lisa M; MAYER, David M.; KRAVITZ, David A. 2014, p. 982.

América e, portanto, concedeu direitos básicos aos negros, como processar, contratar, possuir propriedade, servir como testemunha³⁸⁷.

A lei foi vetada pelo Presidente Andrew Johnson ao argumento de que tornaria imediatamente cidadãos os negros nascidos no país, ao passo que os imigrantes nascidos na Europa teriam que esperar muitos anos para se naturalizar. Deste modo, seria discriminação contra um número enorme de estrangeiros inteligentes, dignos e patrióticos, em benefício dos negros.

Apenas um ano após o fim da escravidão, o Presidente já defendia que os negros estavam perseguindo favoritismo racial. Da mesma forma, na década de 40, quando surgiram as leis que objetivavam proibir discriminação racial no trabalho, elas foram veementemente combatidas sob acusação de gerar uma “cota para contratação” de negros, sendo, portanto, discriminação contra os brancos³⁸⁸.

O termo “discriminação reversa” pode ensejar a falsa noção de que os discriminados agora são os responsáveis pela discriminação, trazendo em si a ideia de retaliação³⁸⁹. Desde logo, portanto, importa ressaltar que não se cogita a hipótese extrema e paradoxal de inverter completamente a situação, por exemplo, impedindo o acesso de brancos às universidades ou de homens aos cargos políticos. Isso significaria a negação mesmo da igualdade e a instituição de “superioridade” das minorias.

Embora as ações afirmativas aumentem significativamente a possibilidade de minorias alcançarem posições sociais, em geral não diminuem substancialmente as chances de um concorrente não beneficiário alcançar a posição almejada. A concorrência entre os não minoritários pode se tornar um pouco mais acirrada, mas não há vigorosa subtração de oportunidades.

É comum que os excluídos do tratamento preferencial em geral superestimam a interferência das ações afirmativas nas suas oportunidades, de modo a atribuir-lhes total responsabilidade em eventuais insucessos. Frequentemente, alguns brancos rejeitados por universidades americanas acreditam que seriam admitidos não fossem as ações afirmativas, muito embora não possuam índices suficientes para tanto, ainda que aquelas não

³⁸⁷ O que antes havia sido negado pela Suprema Corte, no famoso julgamento *Dred Scott v. Sandford*, já mencionado no presente trabalho. Item 3.2.1.

³⁸⁸ O dado é apresentado por Randall Kennedy (2013, pp. 22-31, posições 340-470).

³⁸⁹ Segundo Aileen MCHARG e Donald NICHOLSON (2006, p. 9), em verdade, a ideia acaba não se distanciando muito da justificação inicial das ações afirmativas no âmbito dos Estados-Unidos, sob a ótica de compensação pelos males causados e às atrocidades cometidas contra os afrodescendentes.

existissem³⁹⁰.

De toda sorte, a raiva e a amargura experimentadas pelos não beneficiários que se sentem preteridos e não se consideram culpados pelas configurações sociais discriminatórias constituem um custo social significativo que, embora seja de difícil delimitação, deve ser ponderado na balança da utilidade social das ações afirmativas³⁹¹.

De uma maneira geral, a promoção da igualdade substancial a partir de medidas de ‘discriminação positiva’ implica uma derrogação do princípio da igualdade formal (‘jurídica’)³⁹², pois estas fundam um tratamento mais favorável a um grupo em particular, justamente em função da sua situação econômica, social ou outra (inclusive em função do sexo).”³⁹³

Todavia, não há vedação absoluta à distinção de tratamento. O que deve ser verificado, no caso, é se os critérios de diferenciação escolhidos podem ser considerados adequados, necessários e proporcionais diante dos fins colimados. De modo abstrato, a concessão de vantagens àqueles que possuem desvantagens fáticas evidentes parece ser justificada diante dos ideais de igualdade. Como ressalta João Martins Claro: “Não cremos que exista uma verdadeira oposição entre a igualdade por um lado e a discriminação por outro. Se há discriminações que a igualdade repudia, também existem outras que ela postula.”³⁹⁴.

Embora seja desejável uma sociedade que não olhe para raça, sexo, língua, religião, em especial no momento de alocar seus recursos (naturalmente escassos), o fato é que este patamar de igualdade ainda não foi atingido³⁹⁵. E, enquanto não o for, afigura-se legítima a imposição de tratamento diferenciado, voltado para o objetivo de atingir a sonhada igualdade substancial.

³⁹⁰ KENNEDY, Randall. 2013, p. 114, posições 1788-1792.

³⁹¹ KENNEDY, Randall. 2013, p. 109, posição 1728.

³⁹² MOREIRA, Vital, 1998, p. 410. Por sua vez, João Martins Claro (1986, p. 37) ressalta que se trata de uma “derrogação aparente”, de tal modo que, em verdade, a igualdade material se une à formal, dando a esta um conteúdo mais rico, sem modificar o seu esquema.

³⁹³ O Tribunal de Justiça Europeu tem visto a ação afirmativa como derrogação do princípio da igualdade, interpretando-a restritivamente. (FREDMAN, Sandra. 2013, p. 462)

³⁹⁴ CLARO, João Martins. 1986, p. 34.

³⁹⁵ “Aqueles que são contrários às ações afirmativas desejam uma sociedade na qual os benefícios são distribuídos independentemente de raça ou o sexo. Eu também prefiro uma sociedade como esta e dediquei a maior parte de minha vida adulta à sua consecução. Infelizmente, a América ainda não alcançou este nível de igualdade. Até que uma sociedade sem discriminação exista, as ações afirmativas continuarão sendo um remédio necessário para superar os efeitos prolongados da reserva histórica das oportunidades para os homens brancos.” (tradução livre, HOOKS, Benjamin L. 1987, p. 1)

g) *A Efetividade e o Custo-Benefício*

Ainda, ações afirmativas são muito questionadas com relação à efetividade. Duvida-se da sua capacidade de atingir os fins para os quais são desenvolvidas, em geral por não impor verdadeiras transformações nas estruturas sociais, focando o imediatismo. Melhor dizendo, suspeita-se do poder de transformação sobre a realidade, uma vez que as verdadeiras mudanças têm origem em movimentos sociais, com transformação cultural e alteração de conduta dos atores sociais³⁹⁶.

Tais medidas teriam, então, alcance curto, podendo até mesmo obstar às alterações de base consideradas necessárias, pelo senso de que já foram adotadas medidas³⁹⁷. Com efeito, podem facilitar a aquiescência com uma resposta inadequada para a desigualdade, já que o debate é dominado pelas ações afirmativas, que consistem em medida paliativa, permitindo que a atenção seja desviada das verdadeiras mudanças necessárias³⁹⁸.

Analisando as ações afirmativas na Índia e a ineficácia de reserva de vagas para os intocáveis, Gwénaële Calvès ressalta que seria muito mais custoso abrir escolas primárias e secundárias de qualidade nos campos onde vivem os *Dalits*, na Índia, do que reservar vaga nas Universidades, às quais, já se sabe de antemão, eles acabarão por não ter acesso, por não conseguirem cumprir os requisitos mínimos de admissão exigidos no ensino superior³⁹⁹.

Argumenta-se, todavia, que o próprio debate decorrente das ações afirmativas estimula a revisão do estado de desigualdade e das medidas necessárias para sua solução e que a não efetivação em sua plenitude também é verificada em outros direitos, como o à vida, à moradia e à saúde, sem que se questione a sua existência⁴⁰⁰.

Acrescenta-se que “a ação afirmativa deve ser apenas uma parte de uma estratégia de base ampla e radical, que faz mais do que redistribuir posições privilegiadas, mas refaz as instituições que continuam a perpetuar a exclusão”⁴⁰¹. Ela não é, portanto, o único instrumento para a correção da desigualdade, de modo que, se servir ao propósito de alterar ao menos um pouco a situação atual, já se justifica.

³⁹⁶ FILHO, Penildon Silva. 2014, posição 206.

³⁹⁷ MCHARG, Aileen e NICHOLSON, Donald. 2006, p. 22.

³⁹⁸ KENNEDY Randall, p. 90, posições 1428-1431.

³⁹⁹ CALVÈS, Gwénaële, 2010, p. 23.

⁴⁰⁰ FILHO, Penildon Silva. 2014, posição 210-214.

⁴⁰¹ FREDMAN, Sandra. 2013, p. 478.

Existem, segundo Daniela Ikawa, três espécies de respostas à desigualdade: ações de cunho universalista, estrutural e afirmativas. As primeiras não trazem a consideração de preferências com base no grupo. As segundas constituem resposta material e praticamente revolucionária. E as ações afirmativas, por sua vez, consubstanciam resposta mais pontual e, ao mesmo tempo, mais viável do ponto de vista político. De tal modo que não se pretende que as últimas sejam única via de resposta à desigualdade, mas apenas que assumam o papel de acelerar a igualdade de fato, abrindo caminho para medidas universalistas materiais e estruturais⁴⁰².

Ademais, a efetividade não pode ser julgada em abstrato, dependendo de análise do caso concreto, bem como do exame da forma desenhada para as medidas, dos recursos destinados e do compromisso dos responsáveis por sua implementação.⁴⁰³ Na imposição de cotas para acesso a cargos políticos, por exemplo, a escolha do percentual, o momento de sua aplicação – candidatura ou no resultado –, e a opção pela vinculação legislativa ou livre-organização das instituições participantes são amostras de fatores que podem alterar substancialmente as consequências⁴⁰⁴.

As falhas na concepção e/ou aplicação de algumas políticas públicas não podem ter, por efeito, a conclusão de impossibilidade ou desnecessidade de adoção de alguma política pública. Exemplos de sucesso que podem ser colhidos na história reforçam esta conclusão.

A mesma lógica se aplica para a discussão em torno do ponto de vista do custo-benefício. Há quem sustente que as medidas afirmativas acabam por gerar mais males do que remédios⁴⁰⁵ e, curiosamente, quem defenda, com a mesma analogia, exatamente o

⁴⁰² IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008, p. 12.

⁴⁰³ MCHARG, Aileen e NICHOLSON, Donald. 2006, pp. 20-1.

⁴⁰⁴ É a observação de Vital Moreira (1998, fl. 418-9), ao discorrer sobre as cotas impostas em razão do sexo relativas à participação política.

⁴⁰⁵ “O problema é que a discriminação positiva contém em si mais males que remédios: não logra os fins que visa, e possui isso a que agora se chama, com algum sabor, ‘efeitos perversos’. Na verdade, discriminar positivamente o indivíduo A ou B implica discriminar negativamente os demais C, D ou E... Criando sempre, de algum modo (e contra o constitucional princípio da igualdade), várias classes de cidadãos: de primeira classe, quando as discriminações positivas todas totalmente operam; de segunda classe, se o indivíduo em causa apenas cabe em algumas ou algumas dessas casas da sorte no novo Jogo da Glória; ou de terceira (ou enésima...) classe, quando, analisadas todas as possibilidades de ‘bônus’ o sujeito considerado não possui nenhuma, logo é o mais discriminado (negativamente).

E não podemos deixar de desde já observar que esta preocupação em discriminar positivamente mais não é que o ressurgimento do avatar dirigista e estadualista numa sociedade e numa cosmovisão que se pretendem pluralistas, e até, por vezes, liberais.” (CUNHA, Paulo Ferreira da. 1999, p. 299).

oposto⁴⁰⁶. A inclinação para um ou outro lado dependerá da ponderação efetiva entre os prejuízos e restrições ocasionados, recursos despendidos e resultados obtidos, o que, mais uma vez, não prescinde dos dados colhidos concretamente.

Paulo Ferreira da Cunha menciona ainda a hipótese “revolucionária” de que as medidas de discriminação positiva pretenderiam, em verdade, conservar o *status quo* e não alterá-lo⁴⁰⁷. É, no entanto, no mínimo duvidosa a intenção do argumento, quando ele próprio é capaz de gerar justamente a manutenção do estado atual de coisas.

⁴⁰⁶ Em sentido diametralmente oposto, utilizando a mesma metáfora: “As ações afirmativas constituem pois, um remédio de razoável eficácia para esses males.” (BARBOSA GOMES, Joaquim B. e SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. p. 91)

⁴⁰⁷ CUNHA, Paulo Ferreira da. 1999, p. 310. Veja-se que a ideia não destoa muito do que foi narrado como concreto na Índia, por Claudio Pereira de Souza Neto (cf nota 182).

4. PARA REFLEXÃO: PONTOS (AINDA MAIS) CONTROVERTIDOS

4.1 – Ações afirmativas para quem? Os problemas nas eleições de critérios e definição de grupos.

4.1.1 – Uma tipologia

Como já adiantado, os programas de ações afirmativas mais notórios possuem como público-alvo minorias étnico-raciais. Assim o são os adotados nos Estados Unidos da América, na África do Sul, no Brasil, entre diversos outros países⁴⁰⁸. Todavia, tais políticas podem ser voltadas para os mais diversos segmentos da sociedade, havendo precedentes destinados a favorecer deficientes físicos, mulheres, estrangeiros (ou seus descendentes), dentre outros.

Não obstante o rol de possíveis beneficiários seja extenso e, ainda, existam inúmeras especificidades nacionais ou regionais (como, por exemplo, os filhos de policiais e bombeiros militares que possuem reserva de vagas no âmbito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil⁴⁰⁹), Gwénaële Calvès acredita ser possível propor uma tipologia que os reparte em três distintas configurações⁴¹⁰.

Em um primeiro grupo, os beneficiários são aqueles que apresentam um atraso de desenvolvimento resultante da opressão sofrida, por vezes multissecular, de modo que as medidas preferenciais são essencialmente reparadoras ou compensadoras. Esta opressão normalmente é parte integrante da história de construção nacional, com escravização de um grupo, sistema de desenvolvimento separado, estrutura de dominação radical, sendo exemplos a Índia, África do Sul e os Estados Unidos. Neste caso, as políticas de discriminação positiva são adotadas dentro de um contexto marcado pelo risco de desestabilização social e guerra civil. Inserem-se em um movimento de refundação de um pacto social gravemente ameaçado.

Mas, ainda nesse primeiro grupo, a opressão também pode decorrer de domínio colonial ou dos homens sobre as mulheres. Embora a inclusão das mulheres na categoria de grupos subordinados não seja óbvia, já que a realidade da dominação masculina é

⁴⁰⁸ Não se quer dizer com isso que nestes países as políticas são exclusivamente fundadas em critérios étnico-raciais. Apenas que neles existem medidas preferenciais que são baseadas em tais critérios e que são conhecidas, o que não obsta a coexistência com outras fundadas em critérios distintos.

⁴⁰⁹ V. item 4.3 mais adiante.

⁴¹⁰ CALVÈS, Gwénaële, 2010, pp. 9-17.

muitas vezes negada ou minimizada, segundo a autora, seus efeitos são percebidos em inúmeros contextos políticos e sociais, como parte da ordem natural das coisas.

Um segundo grupo é composto pela população indígena, categoria especial de destinatários que se distingue pela aspiração a se administrar segundo suas próprias regras e pela vontade de serem reconhecidos na qualidade de povo. Nesse contexto, os direitos a eles concedidos objetivam mais consagrar a sua especificidade cultural do que efetuar a integração social ou econômica dentro da sociedade global. As medidas de discriminação positiva, em tais casos, se destinam a permitir que preservem uma identidade coletiva mais do que a recuperar um atraso no desenvolvimento. Exemplos são os Maoris da Nova Zelândia, aborígenes da Austrália, Ainu do Japão.

Já no terceiro grupo estariam as comunidades de imigrantes e, ainda, as minorias nacionais. Os dois fenômenos observados pela autora se desenvolvem dentro do quadro supranacional europeu, sendo o primeiro mais associado à Europa ocidental e o segundo à central e oriental. Na Hungria, por exemplo, são assegurados direitos e vantagens particulares às minorias alemã, croata, eslovaca e cigana.

Os deficientes físicos, no entanto, parecem não se enquadrar em nenhum destes grupos, embora também sejam beneficiários de ações afirmativas⁴¹¹. Na experiência brasileira são um público alvo constante, contando com garantia constitucional de reserva de vagas para ingresso em cargo ou emprego público⁴¹², previsão legal de percentual mínimo de contratados na iniciativa privada, de acordo com o tamanho da empresa⁴¹³,

⁴¹¹No relatório (2010, pp. 05-06) apresentado pelo Instituto Blatt Burton da Universidade de Syracuse para o New York State Medicaid Infrastructure Grant, espécie de seguro de saúde para pobres e desabilitados, consta que os americanos com deficiência são desproporcionalmente desempregados, subempregados e vivem na pobreza. Nenhum outro grupo desfavorecido possui maior nível de desemprego. Entende-se que as ações afirmativas para pessoas com deficiência, assim como aquelas baseadas em contextos raciais e de gênero, devem ser entendidas como um remédio para mitigar os efeitos da discriminação passada e obstar à atual. Ou seja, a discriminação cria obstáculos que impedem os grupos desfavorecidos de ter acesso a recursos, ingressar em instituições ou ter sucesso prontamente. As ações afirmativas pretendem contrabalançar desigualdades criadas socialmente. Disponível em: <http://ilr-edir1.ilr.cornell.edu/nymakesworkpay/docs/affirmative_action.pdf> Acesso em 11.09.2014.

⁴¹² CRFB/88. Artigo 37 (*omissis*):

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

⁴¹³ Lei Federal nº 8.213/93:

Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

| | |
|-----------------------------|-----|
| I - até 200 empregados..... | 2%; |
| II - de 201 a 500..... | 3%; |
| III - de 501 a 1.000..... | 4%; |

dispensa de licitação para contratações entre o Poder Público e associações de deficientes físicos⁴¹⁴ e regime especial de aposentadoria⁴¹⁵.

Portadores de deficiência devem ser inseridos no conceito de grupos beneficiários em razão de “vulnerabilidade social, traduzida na dificuldade de acesso à educação e, por consequência, ao meio produtivo formal. Enfrentam obstáculos que vão desde a ausência de centros educacionais estrutural e didaticamente preparados, até o descrédito empresarial quanto às suas reais capacidades de execução dos serviços que lhes serão atribuídos”⁴¹⁶⁻⁴¹⁷.

Modernamente também se tem sustentado a adoção de medidas de discriminação positiva direcionadas aos idosos⁴¹⁸, que igualmente não se inseririam em nenhum dos agrupamentos propostos.

4.1.2 – Os Grupos Minoritários

As sociedades contemporâneas, em especial as instaladas em grandes metrópoles, convivem com um fenômeno que se caracteriza pela coexistência de distintos grupos sociais⁴¹⁹, conhecido como multiculturalismo⁴²⁰. Com efeito, há muito a identidade comunitária pautada em forte homogeneidade social deixou de ser um traço característico

IV - de 1.001 em diante.5%.

⁴¹⁴ Lei Federal n° 8.666/93:

XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. (Incluído pela Lei n° 8.883, de 1994)

⁴¹⁵ Lei Complementar n° 142/2013.

⁴¹⁶ SOUZA, Wilton Santos, 2011, p. 293.

⁴¹⁷ Para Ronald Dworkin (2005, p. 70), a teoria da igualdade de bem-estar exerce uma atratividade imediata para explicar por qual motivo os deficientes físicos ou mentais devem ter recursos extras, oferecendo a ideia de que, decerto, com os mesmos recursos que outras pessoas, possuem menos capacidade de alcançar o mesmo bem-estar. Contudo, entende que esta justificativa não é a mais adequada, apresentando a ideia de igualdade de recursos, associada à de seguro, para tentar remediar um aspecto da injustiça resultante (pp. 95/101)

⁴¹⁸ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. 2012, pp. 158-159. Nesse sentido também: MARQUES, Claudia Lima de. Solidariedade na Doença e na Morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. *In* SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 3a Edição. pp. 175-204.

⁴¹⁹ DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. 2011, p. 287.

⁴²⁰ “Parece importante notar que, apesar de o multiculturalismo surgir no seio das democracias liberais, vai ele além da tolerância e da neutralidade estatal do liberalismo, na medida em que envolve ativo suporte às diferenças culturais, ativo desencorajamento da hostilidade e uma reconstrução do espaço público no intuito de incluir totalmente as identidades marginalizadas.” (DRUMMOND, Paulo Henrique Dias, p. 301).

das modernas sociedades, havendo convivência de minorias nacionais, étnicas, religiosas, linguísticas⁴²¹.

Não por outra razão, os direitos das minorias foram assegurados internacionalmente por meio do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966⁴²²⁻⁴²³ e, após, pela Declaração sobre os direitos de Pessoas que pertencem às minorias nacionais ou étnicas, religiosas ou linguísticas⁴²⁴. Nenhum desses documentos, entretanto, trouxe a definição do que deve ser entendido por “minoria”.

E, na realidade, não há uma definição que seja, atualmente, objeto de consenso. Ao redor do mundo, são encontrados incontáveis exemplos do que pode ser caracterizado como minoria, nem sempre comparáveis. Os graus de autonomia, a concentração em determinado território, o objetivo de preservação da identidade e da cultura, o sentimento de identidade cultural coletiva são absoluta e inteiramente variáveis. O resultado? Cada Estado interpreta o termo de modo distinto, a partir da sua realidade⁴²⁵.

Na falta de concepção universal, pegamos emprestada, no presente trabalho, a apresentada por Gomes Canotilho⁴²⁶, para quem minoria corresponde, fundamentalmente a “um grupo de cidadãos de um Estado, em minoria numérica ou em posição não dominante nesse Estado, dotado de características étnicas, religiosas ou linguísticas que diferem das da maioria da população, solidários uns com os outros e animados de uma vontade de sobrevivência e de afirmação da igualdade de facto e de direitos com a maioria”.

Como a própria definição denota, atualmente o conceito de minoria⁴²⁷ (e, logicamente, também o de maioria) prescinde da referência numérica⁴²⁸. Independentemente do aspecto quantitativo, um grupo pode ser considerado minoritário

⁴²¹ CANOTILHO, JJ. Gomes. 2003, p. 387.

⁴²² Trata-se, segundo Wilton Souza (2011, p. 292-3), do primeiro documento da ONU a trazer a expressão minorias de forma sistematizada.

⁴²³ O artigo 27 assim dispõe: “Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar a sua própria língua.”

⁴²⁴ Adotada pela Assembleia Geral da ONU em 18 de dezembro de 1992 (Resolução 47/137).

⁴²⁵ Direito das minorias *In* MOREIRA, Vital e GOMES, Carla de Marcelino (Coord.). 2012, p. 471.

⁴²⁶ CANOTILHO, JJ. Gomes. 2003, p. 387.

⁴²⁷ Para uma crítica à aclamação das minorias na atualidade, bem como evolução ao longo do tempo do conceito, positivo ou negativo, de maioria e minoria, v. CUNHA, Paulo Ferreira da, 1999.

⁴²⁸ Nesse sentido: CENCI, Ana Righi, 2010, p. 374; SOUZA, Wilton Santos. 2011, p. 292.

em decorrência de exclusão política ou social, como foram os negros na África do Sul durante o *apartheid* e como podem ser vistas as mulheres, em determinadas sociedades⁴²⁹.

Wilton Santos Souza denomina de minorias as parcelas da população que, destituídas por múltiplas razões e fatores, de igualdade no acesso a bens e oportunidades, incluindo, nelas, as mulheres, as pessoas com deficiência (física ou mental), os negros e os índios⁴³⁰. E assevera que é a vulnerabilidade de tais grupos que torna possível a atuação – estatal ou não – em seu favor, por meio de ações afirmativas.

Grupos minoritários diminuídos em decorrência da discriminação são, portanto, o público-alvo das ações afirmativas.

A palavra grupo aqui não é mencionada de modo despropositado. Como já se adiantou em capítulo anterior, as ações afirmativas constituem programas voltados essencialmente para conjunto(s) de pessoas e não para as pessoas individualmente consideradas⁴³¹. O grupo deve ser previamente delimitado, não configurando ação afirmativa medidas destinadas genericamente a todo e qualquer membro de uma sociedade⁴³². Ademais, para ser favorecido por tratamento preferencial conferido pelas ações afirmativas, o grupo deve ser prejudicado – de modo efetivo e atual – pela discriminação, de modo a afetar o seu acesso a recursos considerados escassos⁴³³.

Nesse sentido, Roberta Kauffman leciona que, para que o grupo possa ser eleito como sujeito passivo das ações afirmativas, a discriminação contra ele deve atuar “de maneira poderosa e decisiva, a impedir ou a dificultar substancialmente o acesso das

⁴²⁹ No Brasil, por exemplo, embora a maior parte do eleitorado seja composta por mulheres, elas ainda são minoria entre os candidatos aos cargos políticos. Informação extraída em 12.09.2014, do sítio eletrônico do senado brasileiro: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/08/28/maioria-no-eleitorado-mulheres-sao-menos-de-um-terco-entre-candidatos>>.

⁴³⁰ SOUZA, Wilton Santos. 2011, p. 291.

⁴³¹ “Os destinatários da medida são as pessoas vulneráveis e que sofrem discriminação. Portanto, não é nem a pessoa isoladamente considerada nem qualquer grupo social que podem ser beneficiados pela medida.” (SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. 2012, p. 159)

⁴³² Flávio Willeman e Bernardo Coelho (2011, pp. 242-3) bem observam que, embora possam atingir uma diversidade de beneficiários, as ações afirmativas necessariamente estão sujeitas ao limite essencial da pontualidade, que impõe a delimitação do segmento social a ser agraciado, obstando que aqueles que não façam jus sejam alcançados ou que eventual integrante do grupo discriminado seja excluído. Nessa esteira, não seria possível um projeto de ação afirmativa que albergasse toda a sociedade.

⁴³³ Para Daniela Ikawa (2008. p. 83), os grupos beneficiados pela redistribuição “serão os grupos que estiverem em uma situação de desvantagem quanto à classe econômica ou ao reconhecimento. Ilustrativamente, um grupo cujos membros não possam ingressar em estabelecimentos de ensino superior devido ao menos em parte a pertencerem a um determinado gênero ou a uma determinada raça, ou a possuírem uma determinada orientação sexual, será considerado, em termos genéricos, um grupo alvo para benefícios tangentes à redistribuição econômica e de reconhecimento por meio da reserva de vagas ou de metas universitárias.”

minorias a determinadas esferas sociais, como ao mercado de trabalho e à educação”. E, ainda, que não deve existir previsão de integração natural desta minoria em um futuro próximo, de forma que a abstenção na adoção de providências ocasionará a manutenção do estado de desigualdade, sem qualquer alteração social relevante, dentro de um espaço razoável de tempo⁴³⁴⁻⁴³⁵.

A simples baixa representatividade em determinado setor social, no entanto, não pode ser automaticamente presumida com discriminação. Disparidades na representação étnica em empregos, indústrias e instituições podem ser observadas, ao longo de toda a história, em diversos países, ao redor do mundo. E frequentemente determinados grupos sociais são proporcionalmente excedentes em determinados cargos/empregos sem que tenham poder para excluir outros indivíduos, apenas em razão de específicas habilidades especiais. Alemães predominam entre aqueles que criaram as maiores companhias de cerveja nos Estados Unidos. De modo similar, judeus predominam na manufatura de roupas na Espanha medieval, no Império Otomano, Argentina, Estados Unidos, entre outros⁴³⁶. Deste modo, deve ser criteriosa a análise para a confirmação da efetiva e opressora discriminação.

Os parâmetros acima descritos, embora válidos, não resolvem, no entanto, o problema da definição de quais – efetivamente – devem ser beneficiados por medidas de discriminação positiva em uma sociedade. Em outras palavras, embora sirvam ao propósito de restringir teoricamente os possíveis grupos favorecidos, na prática não impedem que se sustente o enquadramento em tais medidas, de acordo com o critério utilizado para a escolha. E é mais uma vez na eleição de tais critérios que reside a maior controvérsia. O ponto será debatido no próximo tópico.

Cumpre-nos fazer, ainda, uma breve alusão a uma observação feita por diversos autores. No contexto do pluralismo, as ações afirmativas, além de benéficas para o grupo minoritário designado, seriam proveitosas para os próprios países multirraciais e multiétnicos.

⁴³⁴ KAUFFMAN, Roberta Fragoso. 2011, p. 08 da versão digital.

⁴³⁵ “Ao Estado cabe, assim, a opção entre duas posturas distintas: manter-se firme na posição de neutralidade, e permitir a total subjugação dos grupos sociais desprovidos de voz, de força política, de meios de fazer valer os seus direitos; ou, ao contrário, atuar ativamente no sentido da mitigação das desigualdades sociais que, como é de todos sabido, têm como público-alvo precisamente as minorias raciais, étnicas, sexuais e nacionais.” (BARBOSA GOMES, Joaquim B. e SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. p. 92)

⁴³⁶ SOWEL, Thomas. 2004, pp. 06-07.

A não concessão de efetivas oportunidades de educação e trabalho a determinados segmentos da população seria um erro grosseiro de estratégia que acabaria por afetar, em médio espaço de tempo, o desempenho econômico e produtivo do país, sendo altamente prejudicial à competitividade e à produtividade econômica deste⁴³⁷⁻⁴³⁸. Vale lembrar o comentário já feito no capítulo anterior (item 3.2.3) quanto à dependência cada vez maior da mão de obra de minorias denotada na intervenção como *amici curiae* de empresas gigantes nas demandas judiciais em que se discutia o programa de ações afirmativas da Universidade de Michigan.

4.1.3 – Os critérios

Selecionar quais diferenças devem ser consideradas na distribuição de bens sociais e, portanto, estabelecer quais devem ser os beneficiários das ações afirmativas, constitui, verdadeiramente, um dilema.

Para que as atividades de incentivo ou promoção social sejam implementadas há necessidade de prévia identificação e eleição do elemento diferenciador no qual se baseará a atividade propulsora, externa às relações sociais⁴³⁹. Indispensável, portanto, a verificação dos fatores considerados prejudiciais em determinados grupos de pessoas, verdadeiros óbices ao alcance de recursos sociais aos quais é atribuída relevância.

O problema é que normalmente não há consenso sobre quais os melhores critérios a serem considerados para a atuação preferencial. O estudo das relações sociais não é absolutamente exato e, em geral, embora seja possível constatar algum desequilíbrio no resultado (como, por exemplo, desproporcionalidade de certo grupo no ensino superior), uma série de elementos podem ser ressaltados como influenciadores, de modo a contestar a seleção de um critério específico como responsável ou, ao menos, preponderante⁴⁴⁰.

⁴³⁷ BARBOSA GOMES, Joaquim B. e SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. p. 92.

⁴³⁸ Visão alarmante dos efeitos futuros da manutenção do *status quo* de discriminação diante do expressivo crescimento das minorias é dada por Nancy Cantor e Peter Englot (*In* KAHLENBERG, Richard D. 2014, posições 638- 653): “Estudos demonstram que, em 14 estados norte-americanos, as minorias em verdade correspondem à maioria entre crianças de 1 a 3 anos. E, como os grupos minoritários se encontram desproporcionalmente em estado de pobreza e desvantagem, cada vez mais um número maior de crianças está sendo deixado para trás, destinadas a ficarem presas a uma vida em condições desfavoráveis. De modo que, se não houver expressiva expansão do acesso à universidade e de oportunidades para eles, uma catástrofe se avizinha.”

⁴³⁹ SOUZA, Wilton Santos. 2011, p. 291.

⁴⁴⁰ Exemplo de tal ocorrência na realidade brasileira: “Há consenso na constatação de que o país é marcado por graves desigualdades sociais e que há necessidade urgente de corrigi-las, mas existem divergências

Não raro, ainda, o destaque de dado critério é ocasionado pelo prestígio e/ou mobilização políticos de um grupo específico, sendo certo que nem todos os grupos sociais possuem expressão suficiente para lutar por direitos parecidos, embora possam igualmente sofrer os efeitos da discriminação.

Realizada a opção por certo critério, mesmo que seja reconhecido como justificável, persistem as dificuldades. Delimitar o âmbito de alcance nem sempre constitui tarefa fácil, sendo comum que o critério para classificação também seja inexato e, portanto, suscite maior controvérsia. Para inserirmos uma pessoa no conceito de negro, por exemplo, podemos considerar a ascendência, que, por sua vez, pode ser direta ou remota, ou, ainda, o fenótipo, o qual é desprovido de parâmetro científico. Para considerarmos uma pessoa pobre, os indícios podem ser distintos: patrimônio – bruto ou líquido; renda – familiar ou pessoal; local de moradia. Nas ações relacionadas à religião, a conversão pode ser relevante ou não. Para os estrangeiros, o casamento; para os indígenas, a integração⁴⁴¹. A escolha de cada um destes parâmetros exerce poder sobre o resultado final, já que acaba por incluir ou excluir indivíduos ou subgrupos.

E quem deve ser o responsável por verificar o preenchimento dos critérios? O próprio beneficiário, por meio de autodeclaração? Ou terceiros que irão aferir, a partir de parâmetros preestabelecidos, em heterodeclaração? Nesse sentido, é viável do ponto de vista dos direitos fundamentais que a opinião de um terceiro prevaleça sobre a própria convicção pessoal a respeito da identidade racial, cultural, religiosa? Ou se deve considerar a suspeição do próprio indivíduo quanto à declaração, diante da possibilidade de constituir mero interesse em se beneficiar do tratamento preferencial?⁴⁴²

Nesse ponto, Thomas Sowell ressalta que os grupos beneficiários e não-beneficiários não são estanques e, portanto, não devem ser encarados como blocos de madeira que podem ser simplesmente movidos de um lado para o outro, conforme o desígnio de alguém. Os integrantes dos diferentes grupos reagem de sua própria maneira à

ligadas à eleição da raça como fator prioritário da exclusão e da concessão de oportunidades diferenciadas” (MOTTA, Fabrício. 2014, p. 57)

⁴⁴¹ FAUNDEZ, J. 1994, p. 35.

⁴⁴² No Brasil, a literatura natural admite, no que se refere à identificação étnico-racial, a existência de certa discordância ao se comparar a autoclassificação com a heteroclassificação de um grupo de pessoas, havendo justificativas diversificadas em relação ao motivo, bem como opiniões distintas quanto ao tamanho de tal discordância. Em síntese, menciona-se a possibilidade de (i) existir influência de fatores socioeconômicos na heteroclassificação; (ii) haver a consideração da ancestralidade na autoidentificação e predominância do fenótipo na outra; (iii) a polaridade objetividade-subjetividade do processo classificatório explicar tal diferença. PETRUCCELLI, José Luís. 2013, p. 44.

instituição de preferências, o que inclui redesignação de si próprio, alteração dos esforços e atitudes com vistas a atingir determinado benefício e, ainda, modificação de conduta em relação a membros de outros grupos. O autor conta que, entre os censos de 1981 e 1986, houve o crescimento de 42% na população aborígine na Austrália, o que era impossível demograficamente e apenas poderia ser explicado por redesignação dos mesmos indivíduos em diferentes categorias étnicas⁴⁴³.

É comum, ainda, que, dentro do próprio grupo beneficiado, as medidas preferenciais favoreçam os seus integrantes de formas distintas. Nas ações afirmativas voltadas para os deficientes, por exemplo, parece evidente que os diversos graus de comprometimento da função anatômica, fisiológica, psicológica ou mental podem gerar maior dificuldade para o desempenho de uma ou diversas atividades, tornando mais ou menos complicado o acesso a dados recursos. Pode-se imaginar que, de um modo geral, aqueles portadores de deficiências mais leves possuem maior chance de serem efetivamente agraciados pela preferência concedida genericamente ao grupo.

Alguns programas de ação afirmativa acabam falhando na intenção de atingir as pessoas verdadeiramente necessitadas, beneficiando membros que, em realidade, sequer necessitariam do programa. Com efeito, os benefícios são concedidos incondicionalmente a todos os membros do grupo, de modo que apenas aqueles que possuem melhores condições terão acesso a eles. Isso faz com que, apesar de haver uma diminuição das desigualdades entre os grupos, haja maior desigualdade interna no grupo beneficiário das ações afirmativas. Exemplo disso seriam os negros americanos, que formavam, no início da década de 60, um grupo social com alto grau de coesão interna (o que era favorecido pela segregação racial), mas que, por força das ações afirmativas, ficaram desprovidos da burguesia negra que foi integrada à sociedade e abandonou os bairros negros tradicionais. Em consequência, formaram-se guetos negros urbanos, onde os pobres negros se reagruparam⁴⁴⁴.

Para Thomas Sowell, as ações afirmativas acabam por beneficiar privilegiados dentro do grupo minoritário e as medidas necessárias para corrigir os rumos não são politicamente convenientes. Além de falar verdades não palatáveis para os grupos minoritários, os políticos ainda teriam que dizer ao resto da população que mais recursos

⁴⁴³ SOWELL, Thomas. 2004, p. 08.

⁴⁴⁴ CALVÈS, Gwénaële. 2010, pp 22-3.

são necessários para garantir os custos complementares com os quais os pobres, quando efetivamente favorecidos, não possuem condições de arcar. E, ainda, dizer aos subgrupos favorecidos dentro do grupo minoritário que eles não têm direito a absorver os benefícios que são mais urgentemente necessitados por outros⁴⁴⁵.

Na Índia, além “das castas e tribos determinadas”, “outras classes em desvantagem” também podem ser beneficiárias das discriminações positivas, sendo que, quanto a estas, os Estados possuem liberdade de escolha. A Suprema Corte, em 1992, determinou que, ao selecioná-las, os Estados deveriam retirar a “camada de creme”, de modo a excluir, do benefício, os membros mais privilegiados, a partir de diversos critérios socioeconômicos. A Suprema Corte anunciou, no entanto, que tal regra não é aplicável para “as castas e tribos determinadas”, já que os membros desta continuam a sofrer discriminação independentemente de sua condição socioeconômica. Um intocável é sempre um intocável, mesmo rico⁴⁴⁶.

A questão parece demandar, portanto, que haja efetiva análise, naquela sociedade, da suficiência de determinado critério para ensejar a discriminação, para aferir se, mesmo com amplo acesso a recursos econômicos, o indivíduo se verá privado de ingressar em certos espaços sociais por força daquele.

O critério deve, ainda, ser adequadamente combinado com as características daquela sociedade e o objetivo que se pretende atingir. Considerando a globalização atual e a troca constante de experiência entre os diversos países, não é difícil prever que, em determinada sociedade, haja a importação de alguma espécie de discriminação positiva verificada em outro lugar do mundo. Mas a importação desprovida de necessárias adaptações possui sérias consequências, não apenas no que se refere à efetividade, mas também ao ressentimento social⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ SOWELL, Thomas. 2004, p. 51.

⁴⁴⁶ CALVÈS, Gwénaële. 2010, p 21.

⁴⁴⁷ No Brasil é comum a alegação de que a política de cotas pautada em critérios raciais constitui importação inadequada do modelo estadunidense. A título de exemplo: “Com efeito, os defensores das ações afirmativas no Brasil tomam por base o modelo político instituído nos Estados Unidos, como se este fosse impermeável e acima de qualquer tipo de crítica. Argumentam, de forma enfadonha e repetitiva, que os norte-americanos encaram o problema e que no Brasil o racismo é muito pior, porque camuflado, ocultado, escondido. Viver-se-ia aqui uma hipocrisia racial, baseada em um mito, o da democracia racial, de modo que só teríamos a aprender com os americanos do norte. Curioso é perceber que, ao tentar promover a resolução dos problemas brasileiros, grande parte da militância pró-ações afirmativas finge desconhecer a história do próprio país e acata, de forma passiva e subserviente, os métodos e mecanismos de resolução para a problemática racial pensados alhures [...]” (KAUFFMAN, Roberta. 2011, p. 2)

Nesse âmbito, convém mencionar a Lei Federal Brasileira nº 9.100/1995, que estabelece a reserva de candidaturas, de no mínimo vinte por cento, a serem preenchidas por mulheres nos partidos ou coligações partidárias. O resultado prático da norma foi bastante insignificante, uma vez que no Brasil se adotam listas eleitorais do tipo aberto, sendo certo que pesquisas demonstram que cotas de candidaturas tendem a ser mais efetivas em países com listas eleitorais do tipo semifechado ou fechado⁴⁴⁸.

Dentre os critérios possíveis, o racial parece ser o que suscita maior discussão. A primeira crítica que se faz diz respeito à própria inexistência de raça, ou seja, comprovação científica de que, do ponto de vista biológico, não há raças, associada à declaração jurídica de sua inexistência em documentos internacionais. Contudo, a ausência de características biológicas de distinção não impede a discriminação com base em algumas que a população acredita caracterizarem determinada raça (por meio, por exemplo, de associação a certa aparência ou hereditariedade). Ou seja, não obsta à construção de hierarquias morais e convencionais que colocam determinado grupo em posição de inferioridade social, alijando-o do acesso a recursos essenciais⁴⁴⁹.

A dificuldade na definição das raças também constitui outra dificuldade, como já mencionado acima. Steve Farron frisa que, nos Estados Unidos da América, muitos documentos oficiais, para a categorização étnica/racial, foram elaborados sem o menor cuidado. E cita o exemplo dos “Padrões Raciais e Étnicos para Estatísticas Federais e Notificações Administrativas” de 1977, no qual o branco é definido como “indivíduo que não tenha origem hispânica, com origem em quaisquer das pessoas originais da Europa, América do Norte ou Oriente Médio”, o que, segundo o autor, inclui a África do Norte⁴⁵⁰.

A controvérsia é tanta que nos Estados Unidos da América, apesar de existir uma espécie de cota implícita em todos os ambientes proeminentes imagináveis⁴⁵¹, a concepção de ações afirmativas pautadas direta e unicamente em critério racial não é considerada

⁴⁴⁸ CARDOSO, Helena Schiessl. *In* CLÉVE, Clèmerson Merlin (Coord.). 2011. Ver página.

⁴⁴⁹ IKAWA, Daniela. 2008, p. 104 e CENCI, Ana Righi, 2010, p. 374.

⁴⁵⁰ FARRON, Steven. 2014, posições 1228-1235.

⁴⁵¹ Randall Kennedy (2013, p. 54, posição 808-814) afirma que, desde Lyndon Johnson, cada presidente dos Estados Unidos da América tem alocado ao menos um negro em seu gabinete, como uma espécie de cota implícita (assim como a da Suprema Corte, em que uma vaga era destinada aos judeus). E que uma dinâmica similar se observa em todos os ambientes proeminentes imagináveis, tais como concessão de prêmios (como títulos honoríficos), composição de orquestras, seleção de trabalhadores, admissão de estudantes e distribuição de generosidade governamental.

legítima⁴⁵²⁻⁴⁵³. O que gera uma certa camuflagem em relação aos critérios admissionais considerados pelas Universidades em seu processo admissional⁴⁵⁴.

Não bastasse, em diversos Estados houve a verdadeira proibição de adoção de discriminações positivas⁴⁵⁵. Nestes, em vez de simplesmente abandonar a ideia de políticas inclusivas, as instituições buscaram outros mecanismos que, sem observar diretamente características étnicas ou raciais, garantissem a representatividade de específicos grupos minoritários, em especial os afrodescendentes⁴⁵⁶.

Enquanto alguns autores defendem que é possível compensar as perdas causadas, a partir de uma gama de estratégias que consideram a variação de fatores demográficos e geográficos. E que os planos de admissão multifacetários teriam, ainda, o benefício de aumentar a variedade de contextos econômicos e regiões geográficas representados no *campus*⁴⁵⁷. Outros sustentam que tais programas supostamente imparciais do ponto de vista raciais são, em verdade, conscientes da raça sob a pátina da aparente neutralidade⁴⁵⁸ e que, apesar de produzirem algum efeito, são menos efetivos do que a direta observação do

⁴⁵² Bill Clinton, primeiro presidente norte-americano a dedicar um discurso exclusivamente para justificar as ações afirmativas, defendia que elas continuavam sendo uma ferramenta útil para alargar as oportunidades econômicas e educacionais, mas assegurava que não toleraria preferência injustificada, cota numérica ou seleção exclusivamente com base na raça ou sexo, independentemente do mérito. (KENNEDY, Randall. 2013, p. 56, posições 830-833)

⁴⁵³ V. item 3.2.3 do presente trabalho.

⁴⁵⁴ Steve Farron (2014, posições 2141 e 2151) defende que é inverídica a ideia de que raça é somente um dos diversos critérios não acadêmicos considerados nas ações afirmativas. Tenta, em seu estudo, demonstrar a ausência de importância dos demais fatores não acadêmicos comparados à raça.

⁴⁵⁵ Esse tema será diretamente abordado no item 4.4.

⁴⁵⁶ Algumas das estratégias possíveis: (i) a garantia de admissão de determinados percentuais de melhores alunos de cada escola. Texas, Califórnia e Flórida são exemplos de Estados que garantem tal admissão. Há variações em cada Estado, como a percentagem (10% Texas, 9% Califórnia e 20% Flórida) ou a possibilidade ou não de escolha da Universidade em que a vaga será garantida; (ii) a consideração de fatores socioeconômicos nos processos admissionais; (iii) abandono do tratamento preferencial normalmente concedido aos filhos de ex-alunos; (iv) concessão de auxílio financeiro aos candidatos de baixa renda, o que não apenas é essencial no período do curso, mas também pode gerar o incentivo da inscrição de candidatos naquela universidade; (v) divulgação dos programas de auxílios financeiros, para encorajar a inscrição dos candidatos; (vi) concessão de bolsas de estudo direcionadas aos estudantes representantes de minorias; (viii) implementação de planos de recrutamento de estudantes integrantes de grupos minoritários, fazendo, muitas vezes, parceria com as escolas; (ix) acompanhamento e aconselhamento de estudantes minoritários ainda no ensino médio com vistas a aumentar o seu êxito no futuro processo admissional universitário. POTTER, Halley. In KAHLENBERG, Richard. D., 2014, posições 1494-1659)

⁴⁵⁷ POTTER, Halley. In KAHLENBERG, Richard. D., 2014, posições 1448-54.

⁴⁵⁸ KENNEDY, Randall, 2013, p. 15, posição 191. No mesmo sentido: CANTOR, Nancy e ENGLLOT, Peter. In KAHLENBERG, Richard D. 2014, posições 751-59; e TIENDA, Marta. In KAHLENBERG, Richard. D., 2014, posições 1817-21.

aspecto étnico-racial⁴⁵⁹, demandam mais tempo e recursos, beneficiam alunos menos qualificados, possuindo efeitos colaterais mais danosos⁴⁶⁰.

Critica-se muito o fato de a grande maioria dos beneficiários das ações afirmativas ser proveniente de classe-média ou alta, filhos de pais educados⁴⁶¹. Como já mencionado atrás, as medidas são naturalmente limitadas e, por isso, tendem a favorecer aqueles que já estão em posição de tirar vantagem das oportunidades ampliadas. Raramente abrangem os indivíduos verdadeiramente necessitados integrantes do grupo minoritário⁴⁶².

Em oposição ao argumento de que as ações afirmativas acabam por favorecer a classe média e que, por isso, critérios socioeconômicos deveriam ser considerados, Leslie Jacobs afirma que, de fato, o foco das ações afirmativas não constitui a camada mais pobre dos afrodescendentes. Destinam-se, em realidade, a romper as barreiras de acesso às formas de capital humano, mais fortemente o capital cultural e as redes sociais, das quais os afrodescendentes foram historicamente excluídos. Possuem, portanto, como alvos principais os pertencentes à classe média.

Em outras palavras, as medidas de discriminação positiva fariam parte de uma estratégia de “diminuição do topo”, para promover nivelamento e permitir que aqueles que tiveram oportunidades negadas por força de critérios étnico-raciais possam alcançar posições antes inatingíveis. E entende que, para abranger as pessoas de classe mais baixa, cronicamente pobres, uma estratégia absolutamente diferente, “de baixo para cima”, deveria ser adotada⁴⁶³.

Gwénaële Calvès, no mesmo sentido, alega que as ações afirmativas não se destinam a lutar contra a pobreza. Baseiam-se no critério da locomotiva, consiste em fazer surgir elites políticas, econômicas, sociais no seio dos grupos discriminados, partindo do princípio de que estes desempenharão um papel motor. Assim, o esforço se concentra nas

⁴⁵⁹ PARRISH, Robert A. 2013, posição 180.

⁴⁶⁰ FARRON, Steven. 2014, posição 1155. O autor observa, por exemplo, que a aprovação automática dos melhores classificados na mesma classe, por exemplo, adotada em Estados como Texas e Califórnia, ignoram as diferenças entre as escolas, tendendo a favorecer aqueles que estudam em escolas menos competitivas em detrimento de outros, também pertencentes a minoria, que estudam em escolas mais exigentes (posições 1067-1099).

⁴⁶¹ FARRON, Steven. 2014. posição 1443. Para o autor, muitas vezes estas crianças ainda são descendentes de pais que receberam tratamento preferencial a vida inteira (posição 1478).

⁴⁶² Mesmo defensores das ações afirmativas, como Randall Kennedy, admitem que os argumentos relativos aos critérios socioeconômicos possuem pontos fortes (2013, p. 89, posição 1414).

⁴⁶³ JACOBS, Leslie. 2003, pp. 137-138.

camadas médias e superiores do grupo desfavorecido, para que alcancem as posições sociais que normalmente atingiriam se não houvesse a discriminação.

Em diversas políticas ao longo do mundo seria possível perceber essa vontade de permitir que a elite do grupo alcance espaços de poder dos quais eram excluídas anteriormente: na África do Sul e na Malásia houve cessão preferencial de ações de grandes empresas detidas majoritariamente por brancos e chineses; na Índia, prioridade de acesso a funções públicas tradicionalmente monopolizadas pelas castas superiores; em diversos países, o acesso ao ensino superior com a perspectiva de permitir mobilidade social⁴⁶⁴.

Acredita-se, ainda, que as ações afirmativas constituem espécie de provisão para as comunidades minoritárias, uma vez que a formação de profissionais em áreas prestigiadas e variadas (v.g. medicina, direito e engenharia) implicará a melhoria dos serviços prestados nas respectivas comunidades⁴⁶⁵.

A consideração exclusiva de elementos socioeconômicos é bastante combatida por alguns autores, ao argumento de que acabará por favorecer brancos e asiáticos, em detrimento de negros e hispânicos, em razão de, no subgrupo delimitado, pertencerem à camada superior e não serem prejudicados pela discriminação étnico-racial⁴⁶⁶.

Uma possível resposta, portanto, é a combinação de tais critérios com desvantagens socioeconômicas, de tal modo que o integrante do grupo demonstre que é, de modo efetivo, social e educacionalmente desfavorecido⁴⁶⁷.

4.2- Ações afirmativas até quando? A (suposta) temporalidade

A questão temporal das ações afirmativas é levantada por diversos autores⁴⁶⁸. Para

⁴⁶⁴ CALVÈS, Gwénaële. 2010, p. 2010.

⁴⁶⁵ RIOS, Roger Raupp. 2011. pp. 239-240.

⁴⁶⁶ IKAWA, Daniela, 2008, pp. 131-136; TIENDA, Marta. In KAHLENBERG, Richard. D., 2014, posições 1750-55; JACOBS, Leslie. 2003, p. 139; KENNEDY, Randall. 2013, p. 91, posições 1445-1448.

⁴⁶⁷ FREDMAN, Sandra. 2013, p. 470.

⁴⁶⁸ “Realmente, não visam a criar um *status* jurídico permanente mas excepcional em favor de um grupo, e sim propiciar a este grupo a igualdade em relação a outros. E, se passado tempo razoável, elas não atingem o objetivo colimado, certamente são inadequadas, violam a razoabilidade” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 2003, p. 76). No mesmo sentido, Daniel Sarmento (2011, pp. 97-8), embora mencione expressamente a possibilidade de prorrogação: “As políticas de ação afirmativa devem ser temporárias e têm de cessar quando não estiverem mais presentes as razões que ensejaram a sua criação. Do contrário, estar-se-ia criando um sistema de castas, em que as pessoas teriam direitos diferentes sem qualquer razão plausível para isso. Nada obsta, porém, que, ao fim do prazo estabelecido para a vigência da medida de discriminação positiva, seja ela prorrogada, caso seus objetivos ainda não hajam sido plenamente atingidos.”

Roberta Kaufmann “a adoção de políticas afirmativas deve ter um prazo de duração, até serem sanados ou minimizados os efeitos do preconceito e da discriminação sofridos pelas minorias desfavorecidas”⁴⁶⁹.

Com efeito, quase todos os textos sobre o assunto mencionam a característica da transitoriedade das medidas de discriminação positiva⁴⁷⁰, ainda que sem aprofundar o tema, demonstrando que, por sua própria lógica, elas são compreendidas como marcadamente provisórias, destinadas a servir apenas e enquanto não extirpada a discriminação ou os efeitos deletérios desta.

Segundo Thomas Sowell, que publicou estudo sobre as ações afirmativas ao redor do mundo, os defensores destas raramente têm sido ousados o suficiente para proclamá-las como desejáveis por princípio ou como recursos permanentes da sociedade. Pelo contrário, um esforço considerável tem sido feito para descrever tais políticas como temporárias, mesmo quando na verdade essas preferências vêm não só a persistir, mas a crescer⁴⁷¹⁻⁴⁷².

Em outras palavras, há verdadeira expectativa de que, ao longo do tempo, desapareçam, o que também é presumido, em geral, pelos dispositivos internacionais que versam sobre o tema⁴⁷³.

Não discordamos de que as ações afirmativas devem ser extintas quando os fins forem atingidos, sob pena de afronta à proibição do excesso e, em verdade, promoção da desigualdade. As políticas adotadas servem ao propósito de defender e incluir as minorias sociais, de modo que, uma vez bem-sucedida a inserção, a princípio não subsistiria razão para a manutenção daquelas. Por definição, possuem vocação para desaparecer quando os segmentos beneficiários conseguirem superar as suas deficiências e recuperar o atraso em relação ao resto da sociedade⁴⁷⁴.

Todavia, quanto ao tema, algumas questões devem ser levantadas.

⁴⁶⁹ KAUFMANN, Roberta Frago Menezes, 2007, p. 221.

⁴⁷⁰ ROSENFELD, Michael. 1985, p. 35; SOUZA, Wilton Santos, p. 287; RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi e PEREIRA JÚNIOR, Altamar Constante, p. 119; MOURA, Luma Ferreira, p. 142; WILLEMANN, Flavio de Araujo e COELHO, Bernardo Bichara. 2011, p. 242-3; Leal, Luciana de Oliveira. 2005, p. 119; RIBEIRO, Rafael de Freitas Schultz, 2011, p. 175.

⁴⁷¹ SOWELL, Thomas. 2004, p. 02.

⁴⁷² Em sentido ligeiramente distinto, Luciana Dayoub Ranieri de Almeida (2011, p. 68), referindo-se ao sistema constitucional brasileiro, defende que, nos casos das discriminações positivas direcionadas à equalização do corpo social e estabelecidas na própria Constituição, estaria excepcionada a regra da temporariedade, por se tratar de direito fundamental, alcançado pela força de imutabilidade que alcança as cláusulas pétreas.

⁴⁷³ Como exemplo podemos citar o artigo 4º, parágrafo 1º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. V. nota de rodapé nº 190.

⁴⁷⁴ CALVÈS, Gwénaële. 2010, p.7.

Em primeiro lugar, no plano teórico, quando atingido o patamar de igualdade entre os diversos grupos sociais, parece-nos ser precipitada a conclusão lógica e imediata de que as ações afirmativas devem ser imediatamente extirpadas. Afinal, como verificar se, ao retirar o tratamento preferencial daquela sociedade, poderá ser conservado o grau de igualdade finalmente alcançado (com a colaboração das medidas preferenciais)?

Indispensável, antes da conclusão, analisar se houve mudança estrutural na sociedade que permita que os beneficiários das ações afirmativas obtenham, sem elas, os mesmos resultados ou se, ao revés, a simples supressão daquelas implicará a elevação dos índices de desigualdade⁴⁷⁵.

Essa verificação, contudo, é absolutamente controversa e gera duros embates políticos, o que talvez explique a carência de estudos objetivos nesse sentido. Nos Estados Unidos e nos demais países onde são adotadas as medidas de discriminação positiva, a avaliação objetiva dos resultados concretos ainda é muito fragmentada e as poucas pesquisas publicadas ensejam áspero debate⁴⁷⁶.

Ademais, como salienta Thomas Sowell, mesmo nos lugares em que há suficiente registro e acompanhamento de dados e informações a respeito do progresso dos beneficiários de tratamento preferencial (o que constitui a exceção, já que normalmente faltam elementos concretos), continua sendo um desafio determinar quanto do progresso se deve à política de ação afirmativa e quanto decorre de outros fatores⁴⁷⁷.

Em segundo lugar, ainda no plano teórico, a lógica defendida não pode ser aplicada de modo tão singelo no que se refere a grupos beneficiários cuja desigualdade não esteja relacionada somente a aspectos sociais. Ou seja, quando a desigualdade não é social, ou somente social, mas física⁴⁷⁸, como nos casos das pessoas portadoras de deficiência⁴⁷⁹.

⁴⁷⁵ Para Rafael de Freitas Schultz Ribeiro (2011, p. 176) “caracterizar-se-ia retrocesso o retorno dos efeitos negativos de determinada discriminação, sendo que tais efeitos já haviam sido combatidos e anulados por uma norma jurídica. Com efeito, afrontaria tal princípio o fim da vigência de uma ação afirmativa em virtude de sua temporariedade com conseqüente regresso da discriminação cuja efetiva compensação já fora incorporada ao patrimônio jurídico dos discriminados”.

⁴⁷⁶ CALVÈS, Gwénaële. 2010, p.46.

⁴⁷⁷ SOWEL, Thomas. 2004, p. 19.

⁴⁷⁸ V. nota de rodapé 57.

⁴⁷⁹ Externando pensamento parecido, Paulo Thadeu Gomes da Silva (2012, p. 158): “Elas podem ser permanentes ou não, dependendo de seu destinatário, por exemplo, as de caráter étnico podem ser temporárias, pois que, uma vez atingido o objetivo de desenvolvimento da personalidade das pessoas pertencentes a esses grupos sociais, não haverá mais razão para que essas mesmas medidas especiais existam, e as que se destinem aos deficientes e idosos podem ser permanentes, pois que sempre haverá pessoas deficientes e idosas a merecer esse tipo de tratamento. Aqui pode-se pensar em que a temporariedade da medida se refere àqueles grupos sociais que historicamente, por ação ou omissão estatal, sofreram

Neste caso, salvo uma questionável engenharia genética, não há como eliminar propriamente as desigualdades relevantes. Quando os afrodescendentes estiverem inseridos de modo integral na sociedade, pode-se pensar que não existirão disparidades significativas (como as econômicas e educacionais), já que a cor da pele é absolutamente irrelevante para o resultado final do estudo e do trabalho. O mesmo ocorrerá no momento em que as mulheres forem vistas de modo equânime nos cargos políticos, pois igualmente sem relevo o sexo no exercício de tais atribuições.

Mas e os indivíduos com deficiência física e/ou mental? Continuarão nascendo com tais características, assim como eventos traumáticos e doenças permanecerão os produzindo. E, como ressalta Amartya Sen “as pessoas que padecem de deficiências ou incapacitações físicas ou mentais, não só estão entre os seres humanos que mais privações sofrem, como são também, e muito amiúde, as mais esquecidas e as mais preteridas.” E elas não apenas possuem maior dificuldade em auferir rendimentos, mas ainda necessitam de maior dispêndio de recursos para atingir a “vida boa”.⁴⁸⁰

As características físicas e mentais do portador de deficiência já são, por si só, elementos que criam obstáculos no acesso a determinados recursos, independentemente da existência de discriminação em relação a eles. É bem verdade que podem existir aqueles que sejam, de fato, ricos e capazes de exercer o ofício que os sustenta sem qualquer déficit, como um famoso pintor que não tenha um dos braços, por exemplo⁴⁸¹. Mas a regra de experiência normal nos permite aferir que, entre uma pessoa saudável e uma portadora de deficiência, com iguais recursos econômicos, educacionais, culturais, a segunda encontra, ao longo da vida, em diferentes aspectos, maior dificuldade⁴⁸².

discriminação, esta que, nesses casos, seria decorrente de uma construção social, v.g., mulheres e negros. Já a medida de caráter permanente pode se referir aos grupos sociais que sofram discriminação que decorra da própria natureza, uma espécie de discriminação naturalizada, v.g., portador de deficiência, idoso e, mais atualmente, pessoas de meia-idade.”

⁴⁸⁰ SEN, Amartya, 2009, p. 351.

⁴⁸¹ Parece plausível dizer, em qualquer concepção de bem-estar, que as pessoas com deficiências graves têm probabilidade, como classe, de ter menos bem-estar do que as outras. Todavia isso só é verdadeiro estatisticamente. Em muitos casos, os deficientes têm renda inferior e, portanto, não têm nem recursos materiais iguais aos dos outros. E algumas pessoas com deficiências gravíssimas precisam de renda extra só para sobreviver. No entanto, muita gente com deficiências graves tem alto nível de bem-estar em qualquer outro conceito – mais alto do que o de muitas outras pessoas saudáveis. (DWORKIN, Ronald. 2005, p. 71)

⁴⁸² “A ação afirmativa em exame trata-se da reserva de vagas nos concursos públicos aos deficientes. A correlação entre o *discrímen* e a medida adotada consiste no fato de que as pessoas que por alguma razão são consideradas deficientes carregam ao longo da vida maior dificuldade de inserção no meio social, de acesso ao estudo, à cultura, ao trabalho, enfim, são pessoas que possuem uma vida inegavelmente mais complicada do que as demais.” (TERRÃO, Cláudio Couto. e CARVALHO, Rachel Campos Pereira, 2010, p. 44)

Embora seja permitido sonhar com uma sociedade inteiramente solidária e funcional, naturalmente incorporadora dos portadores de deficiência, as probabilidades de que isto venha a acontecer – ao menos nos próximos anos (ou seriam séculos?) – não são animadoras. Razão pela qual nos parece leviana a previsão de temporalidade neste caso⁴⁸³.

Em terceiro lugar, mesmo para os demais casos, é controversa a afirmação pura e simples de que deve ser estabelecido um prazo de duração, existindo notória complexidade na estipulação deste.

Luciana Dayoub Ranieri de Almeida acredita que “enquanto não sanadas as distorções sociais que pretendem emendar, possuem absoluta legitimidade para permanecer vigentes, ainda que isso venha significar que se protraíam longamente no tempo, salvo se verificada a inadequação da medida para os pretensos objetivos que lhe impulsionariam a existência”⁴⁸⁴.

As ações afirmativas se destinam a diminuir distorções muitas vezes centenárias, não sendo possível precisar quantas gerações seriam necessárias para dissipar o espectro social de inferioridade daquela camada da população, resultado desejado *ab initio*⁴⁸⁵. Como ressalta Thomas Sowell, no mundo inteiro e ao longo de toda história da humanidade existe desigualdade, de forma que um programa temporário para eliminar condições existentes há séculos é quase uma contradição em termos.⁴⁸⁶

Não defendemos que as medidas não possam ter um termo final previsto – este pode até ser bastante desejável, senão para estabelecer o fim daquela, ao menos para suscitar um estudo quanto ao tema (com vistas à renovação). Mas afirmar que o limite temporal constitui uma condição *sine qua non* para a aferição da legitimidade da ação afirmativa parece-nos bastante problemático, diante da realidade.

De toda sorte, nada impede que, na falta de prazo previamente estabelecido, haja, após o decurso razoável de tempo, simples revisão do programa ou, ainda, que se

⁴⁸³ É interessante observar que, no Brasil, nem a Constituição da República, nem as leis infraconstitucionais disciplinadoras do acesso dos deficientes a cargos e empregos públicos, por meio de reserva de vagas, na Administração Pública Federal, preveem algum tipo de prazo. Diferentemente do que tem sido a tendência nos diplomas legais federais que instituem tratamento preferencial para negros, indígenas e estudantes oriundos de escolas públicas (art. 6º da Lei nº 12.990/2014 e 7º Lei nº 12.711/2012).

⁴⁸⁴ ALMEIDA, Luciana Dayoub Ranieri de. 2011, p. 67.

⁴⁸⁵ De modo irônico, Thomas Sowell (2004, p. 07) aborda a questão: “Qualquer política temporária cuja duração seja definida pelo objetivo de atingir algo que nunca foi atingido antes no mundo, pode ser melhor caracterizado como eterna.”

⁴⁸⁶ SOWELL, Thomas. 2004, p. 06.

reconheça a inconstitucionalidade deslizante⁴⁸⁷ ou a superveniente incompatibilidade com a Constituição⁴⁸⁸.

Em quarto lugar, ainda mais complexo é definir um prazo considerado razoável para a verificação da efetividade da medida e do grau de alteração social implementada por esta, para que possa ser considerada “adequada”. Será que, mesmo sem conseguir “atingir o objetivo”, mas, no entanto, logrando reduzir um pouco a desigualdade, a medida deve ser considerada inadequada e suspensa?

Parece-nos que dois pontos devem ser observados: (i) se o caso é de verdadeira inadequação da medida ou se os resultados colimados dependeriam do complexo de políticas públicas, ou seja, da adoção ou não de outras medidas no intuito de promover a alteração da realidade social; e (ii) se ainda que o resultado tenha sido pior do que o pretendido, a relação de proporcionalidade ainda se mantém, tendo em vista as soluções viáveis para o problema.

Nesse sentido, Randall Kennedy defende que, embora não seja equivocado expressar esperanças de que, um dia, não serão mais consideradas necessárias as medidas especiais adotadas para favorecer grupos marginalizados, a ansiedade quanto ao ponto não deve bloquear a implementação das ações afirmativas pelo período em que forem necessárias para realizar a grande variedade de missões importantes a que servem⁴⁸⁹.

Em quinto lugar, como observa Gwénaële Calvès, mesmo que a desapareição programada flua bem no plano teórico, na prática se constata que, em todos os lugares em

⁴⁸⁷ A doutrina se refere às “inconstitucionalidades deslizantes” quando é possível aferir que a norma está no trilho rumo à inconstitucionalidade e, por conseguinte, antever a inadequação futura aos ditames constitucionais, mas não se pode dizer que, naquela altura, seja incompatível com a Constituição, existindo uma espécie de “constitucionalidade transitória”. “No caso das chamadas inconstitucionalidades deslizantes, uma norma que foi até certa altura conforme a Constituição começa visivelmente a tornar-se desconforme, ou porque as próprias normas da Constituição são susceptíveis de uma interpretação evolutiva que minará a compatibilidade da norma infraconstitucional, ou porque os pressupostos fácticos que haviam impressionado o legislador no momento em que produzira a norma infraconstitucional se alteraram de modo a que ela com toda a certeza se irá tornar arbitrária, desproporcional e violadora do princípio da igualdade, ou por qualquer outro motivo.” (CANAS, Vitalino. 1994, p. 99)

⁴⁸⁸ Aqui não nos referimos à figura da “inconstitucionalidade superveniente”, admitida por alguns ordenamentos jurídicos, como o português, e assim explicada por JJ. Gomes Canotilho: “Existe inconstitucionalidade superveniente quando uma nova norma constitucional (de uma nova constituição ou de uma lei de revisão constitucional) estabelece uma disciplina normativa em regras ou princípios contrários a leis anteriores.” (CANOTILHO, JJ Gomes, 2003, p.1013)

O que queremos ressaltar é que, no decorrer do tempo, as circunstâncias fáticas se alteram, os valores se modificam, a sociedade evolui e, com ela, os conceitos e concepções tradicionais. Estas transformações muitas vezes conduzem à inconstitucionalidade normas anteriormente válidas. Exemplo ilustrativo é a desigualdade entre filhos havidos dentro e fora do casamento, prática tolerada em outros tempos, que passou a ser amplamente repudiada pelos mais diversos ordenamentos jurídicos.

⁴⁸⁹ KENNEDY, Randall. 2013, pp. 253-254, posições 4153- 4156.

que foram admitidas, o enraizamento é uma tendência⁴⁹⁰. O tema, que se refere não apenas à temporalidade, mas também à abrangência de tais medidas, merece análise separada, no tópico a seguir.

4.3 – O Risco de Institucionalização

Em geral, a ideia de tratamento preferencial para determinado segmento social com o intuito de alcançar a igualdade material tem sido acompanhada de reivindicação no sentido de que não apenas seja temporário, mas também restrito e não generalizado. Ou seja, esses programas devem ser supostamente limitados não só no tempo, mas também no espaço⁴⁹¹.

Especula-se, no entanto, que muitos defensores das ações afirmativas alimentam aludida ideia mesmo sem nela acreditar. Apenas porque sentem medo de que eventual postura em sentido contrário acabe por arruiná-las⁴⁹².

Na prática, o que se verifica pode ser caracterizado como um movimento de institucionalização⁴⁹³. Apesar de serem implementadas com aura de provisórias e limitadas, as discriminações positivas vêm se prolongando no tempo e se espalhando, não apenas em termos territoriais, mas no que se refere ao seu espaço de atuação.

Na Índia, o sistema de cotas surgiu após a independência de 1947, com previsão de duração por 10 anos, mas perdura até hoje, já que ninguém quer arcar com o custo político da eliminação do benefício⁴⁹⁴. Ao fim do decênio, o programa é sempre reconduzido por mais dez anos, de forma que nem mesmo a previsão formal no corpo do texto legislativo é capaz de impedir a sua continuação.

Além disso, embora a discriminação positiva originariamente se destinasse aos mais pobres e aos grupos mais discriminados, as preferências e cotas rapidamente se espalharam para “outras classes atrasadas” e diversos grupos locais, cujo problema principal era o ressentimento ou inadequação em relação a outros grupos com maior

⁴⁹⁰ CALVÈS, Gwénaële. 2010, p.41.

⁴⁹¹ SOWELL, Thomas. 2004, p. 02. Thomas Sowell percebe essa inicial reivindicação de limite temporal e espacial não apenas na Índia, mas também nos Estados Unidos, na Malásia. A concepção inicial estabelecia que o tratamento preferencial seria dado apenas no estágio inicial (como admissão na faculdade ou no emprego), sem que permanecesse durante todas as fases subsequentes.

⁴⁹² KENNEDY, Randall. 2013, p. 244, posição 4012.

⁴⁹³ CALVÈS, Gwénaële. 2010, p.41.

⁴⁹⁴ PEREIRA, Camila. Uma segunda opinião. Veja, São Paulo, Ed. N°. 2102, a. 42, n° 09, 04 de março de 2009, p. 73. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx> Acesso em 22 de julho de 2014.

sucesso. Assim, nem o alcance nem a justificativa para as medidas preferenciais puderam permanecer fiéis ao que inicialmente eram⁴⁹⁵.

E, como a conduta mais conveniente do ponto de vista político é continuar a alargar as preferências para mais grupos e mais setores da sociedade e da economia, isto é, de fato, o que tem sido feito. De tal modo que adverte Thoamas Sowell: em um futuro breve, mudanças culturais dentro dos grupos concebidos como beneficiários serão necessárias para que os integrantes mais pobres possam efetivamente gozar os inúmeros benefícios teoricamente disponíveis.

Por sua vez, no Paquistão, as políticas preferenciais tiveram início em 1949, explicitamente como “medidas temporárias”, para serem executadas durante o período de cinco a dez anos, tendo como principais beneficiários os pobres bengalis do Paquistão Oriental, os quais eram sub-representados nos negócios, profissões e no militarismo. No entanto, o tratamento preferencial persistiu por décadas, inclusive após o Paquistão Oriental ter se tornado independente em 1971 (dando origem a Bangladesh) e, portanto, não existirem mais, no Paquistão, os beneficiários inicialmente concebidos⁴⁹⁶.

No Brasil, observa-se movimento de extensão das ações afirmativas. A Universidade do Estado do Rio de Janeiro foi pioneira em estabelecer reserva de vagas para estudantes oriundos do ensino médio público e para negros e índios, por meio das leis estaduais 3.524 e 3.708, nos anos de 2000 e 2001, respectivamente⁴⁹⁷. Aos poucos, mais e mais universidades ao longo do país foram implementando programas semelhantes, a ponto de, em 2009, afirmar Frei David Santos: “quase 100 Universidades e Instituições Superiores de Ensino Superior já adotaram algum tipo de Ações Afirmativas no Brasil”⁴⁹⁸. Em 2012, foi editada a Lei nº 12.711/2012, que garante a reserva de 50% das matrículas nas universidades federais e institutos federais de educação, ciência e tecnologia a alunos oriundos integralmente do ensino médio público, assim como a autodeclarados negros, pardos ou indígenas.

O âmbito de incidência das cotas foi, ainda, expandido para o ingresso em cargos e empregos públicos, começando, mais uma vez, com iniciativa estadual até atingir a

⁴⁹⁵ SOWELL, Thomas. 2004, p. 51.

⁴⁹⁶ SOWELL, Thomas. 2004, p. 05.

⁴⁹⁷ WILLEMANN, Flavio de Araújo e COELHO, Bernardo Bichara. 2011, p. 238.

⁴⁹⁸ SANTOS, Frei David. 2009, p. 150.

federal⁴⁹⁹. Precursor, nesse caso, foi o Estado do Paraná (Lei n° 14.274/2003), que foi seguido por Estados como Mato Grosso do Sul (Lei n° 3.594/2008, alterada pela Lei n° 3.939/2010), Rio de Janeiro (Decreto n° 43.007/2011 e Lei n° 6067/2011), Rio Grande do Sul (Lei n° 14.147/2012) e Bahia (Lei n° 13.182/2014 e Decreto 15.353/2014). Em âmbito federal, a reserva de vagas foi prevista na Lei n°. 12.990/2014.

O movimento de institucionalização é marcado não apenas pela continuação do programa ao longo do tempo, mas também por sua ampliação para abranger novos grupos de beneficiários ou novos espaços de aplicação. De acordo com Gwénaële Calvès, duas séries de fatores contribuem para tal movimento.

Em primeiro lugar, a propulsão política. Os beneficiários, por um lado, possuem a tendência a defender a manutenção do tratamento preferencial e a enxergá-lo como verdadeiro direito adquirido. Procuram justificar fortemente a sua posição, contra outros potenciais candidatos das medidas, a partir da opressão sofrida. Inerente a toda política que imputa a desigualdade atual em discriminação passada, o processo de “vitimização” de novos segmentos impulsionam a extensão e a institucionalização do programa.

De outro lado, os políticos não querem ter o ônus de excluir determinados setores e, para angariar simpatia dos eleitores, ainda possuem a tendência a buscar inserir novos segmentos no programa preferencial. Ilustrativo é o caso da Comissão Lokur, responsável por avaliar o desenvolvimento do programa de cotas na Índia e propor, em intervalos regulares, a exclusão daqueles grupos em relação aos quais houve progresso considerado satisfatório, assim como a inclusão de novos beneficiários. Não causa espanto que, desde 1969, as proposições da Comissão tenham sido sempre no sentido de extensão do programa e jamais de eliminar determinado segmento⁵⁰⁰.

Em segundo lugar, os fatores estruturais. Como já ressaltado em tópico anterior, a quantificação da desigualdade entre grupos é um problema complexo, sendo árdua a tarefa de escolher um fator estatístico adequado para medi-la. Pelo senso comum, a cor da pele, nos Estados Unidos da América, consiste em indicador pertinente, considerando o reconhecido racismo praticado no país. Mas tal categoria agrega, por exemplo, Colin Powell e Condoleeza Rice – o primeiro filho de imigrante e a segunda criança que viveu a

⁴⁹⁹ Essa extensão não restou imune a críticas. Enquanto alguns defendem que se trata de mera aplicação do mesmo princípio já estabelecido para as cotas nas universidades públicas, há quem, mesmo favorável a estas, rejeite a expansão para os cargos e empregos públicos. Nesse sentido: RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi e PEREIRA JÚNIOR, Altomar Constante. 2013; e MOTA, Fabrício. 2014.

⁵⁰⁰ CALVÈS, Gwénaële, 2010, pp. 41-44.

segregação racial no Sul – dois integrantes de grupos distintos com características fortemente contrastantes. E, dentro de cada grupo, ainda é possível haver uma estratificação social tão grande que torne desaconselhável a ação afirmativa destinada ao grupo como um todo. Além da seleção do enfoque adequado, a análise dos efeitos práticos das políticas já implementadas constitui tarefa espinhosa⁵⁰¹.

As discriminações positivas, repise-se, objetivam combater desigualdades persistentes, oriundas de preconceitos enraizados na mentalidade e imaginário da população, de forma que a perspectiva de aposentação daquelas acaba ficando distante no horizonte. E as avaliações periódicas quanto às alterações promovidas com êxito e ao caminho que ainda se deve percorrer para a correção das desigualdades também carecem de exatidão científica.

E isso porque a discriminação nem sempre é visível, evidente, dentro da sociedade, camuflando-se inúmeras vezes em comportamentos que podem, à primeira vista, passar por neutros ou naturais⁵⁰². Como examinar, se não há declaração explícita, se a candidata, apesar de ter o melhor currículo, deixou de ser admitida no emprego por ser mulher? Se o projeto de pesquisa de um negro não foi admitido por força de sua cor? Se o descendente de imigrante não ingressou no ensino universitário em razão de sua origem? Averiguar este tipo de discriminação constitui tarefa impossível, dado o grau de subjetividade e de dissimulação da conduta discriminatória, de forma que tem sido consagrada a noção de discriminação indireta⁵⁰³.

Presume-se a existência de discriminação por meio da constatação de um desequilíbrio estatístico. Esta noção permite o alcance da lei sobre situações supostamente neutras, mas que, por atingir desproporcionalmente um segmento em detrimento de outro, sem qualquer razão, é compreendida como discriminatória. Isso significa dizer que a

⁵⁰¹ O tema já foi abordado no item 4.2.

⁵⁰² “uma medida nacional que supõe uma diferença de tratamento entre os trabalhadores a tempo completo e a tempo parcial, em princípio, não supõe uma discriminação em razão do sexo na medida em que se aplica a todos os trabalhadores com independência de género; mas na medida em que o trabalho a tempo parcial é uma forma de emprego claramente feminina, esta diferença de tratamento afectará principalmente as mulheres, terá um impacto desproporcionado sobre a mão-de-obra feminina. Pelo que um tratamento discriminatório contra os trabalhadores a tempo parcial, em princípio não proibido pelo Direito Comunitário nesse momento, supõe na realidade uma discriminação, indirecta e oculta, contra a mulher trabalhadora e resulta por isso contrária ao Direito Comunitário” (HENRIQUES, José. 2006, p. 273)

⁵⁰³ “De fato, muitas vezes a discriminação é fruto de medidas, decisões e práticas aparentemente neutras, desprovidas de justificação e de vontade de discriminar, cujos resultados, no entanto, têm impacto diferenciado perante diversos indivíduos e grupos, gerando e fomentando preconceitos e estereótipos inadmissíveis.” (RIOS, Roger Raupp. *In* FERREIRA, Renato, 2011, p. 228)

discriminação deixa de ser compreendida como ato subjetivo, pontual e intencional, para assumir uma roupagem objetiva, independente de intenção e jogadores móveis⁵⁰⁴.

A institucionalização é, assim, para Gwénaële Calvès, uma culminação lógica do movimento⁵⁰⁵. Para a autora, por onde as ações afirmativas se institucionalizam⁵⁰⁶, sofrem verdadeira mutação. Deixam de ser vistas como medidas temporárias destinadas a conferir equilíbrio à relação desigual verificada entre determinados segmentos sociais, em que uns são mantidos injustamente em posição de inferioridade. Para se tornar um fator estrutural na organização política e social. Um novo objetivo lhes é conferido: garantir a representatividade de grupos minoritários, em nome da diversidade⁵⁰⁷.

Mas, nem por isso, o movimento deixa de ter consequências práticas. O alto custo político pode ser uma delas, verificando-se, ocasionalmente, verdadeiras rebeliões contra

⁵⁰⁴ CALVÈS, Gwénaële, 2010, pp. 44-49.

⁵⁰⁵ *Ibidem*.

⁵⁰⁶ Três são, para a autora (CALVÈS, Gwénaële, 2010, pp. 50-59), as características marcantes das sociedades em que se verifica o processo de institucionalização.

Primeiro. O modelo se baseia em verdadeira engenharia étnico-racial e sexual. Ao ressaltar tal característica, os autores não pretendem incluir um item na lista de efeitos perversos da discriminação positiva, mas somente apontar um fator estrutural necessário à sua implementação. Como a política se funda na ideia de desequilíbrio estatístico entre os grupos, os números desempenham papel primordial. Além da coleta de dados para a verificação da desigualdade, há constante monitoramento, que exige conhecimento de todos os diversos fatores e, ainda, contínua divulgação. Na África do Sul, as empresas privadas devem enviar ao governo, a cada dois anos, um relatório com especificação de raça e sexo, com detalhes de categoria, repartição, promoções, demissões, licenciamentos e etc.

O monitoramento que, inicialmente, pretendia combater a discriminação indireta, sofre uma inversão de sentido, buscando-se assegurar a constante representatividade equitativa, com mecanismo de reequilíbrio constante entre os grupos, de acordo com as alterações verificadas ao longo do tempo. Cria-se, ainda, uma forma ou outra de controle de identidade, para coibir as inevitáveis tentativas de fraude. De tal modo que, a princípio, deve haver uma taxonomia étnico-racial relativamente precisa e aplicável pelos tribunais.

Segundo. A atenção constante ao problema da representatividade das minorias enseja a formação de uma “nuvem de hipocrisia” sobre as ações afirmativas. Em diversos lugares, as ações afirmativas teriam sido impostas como modalidade estrutural sem que houvesse admissão franca. É comum, portanto, uma certa dissimulação, em especial quando as preferências são estipuladas independentemente de lei. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, nos estados onde houve a proibição das medidas, foram adotados critérios alternativos à raça com o objetivo de atingir exatamente o mesmo resultado que a preferência racial, o que é considerado fingimento. E, de outro lado, diversos subterfúgios também são adotados por empresas com o objetivo de escapar das medidas afirmativas, como multiplicar artificialmente o número de postos de trabalho para ludibriar em relação à obrigação de contratar membros de determinados grupos. Para a autora, no entanto, ao lado de possíveis efeitos nefastos desta característica, restam os positivos, como a implementação de um novo modelo de sociedade: a multicultural.

Terceiro. O crescimento de uma ideologia multiculturalista nos EUA, para a autora, constitui um efeito secundário da forma de implementação das políticas de redução de desigualdades raciais. A Suprema Corte impôs uma verdadeira estratégia de camuflagem das ações afirmativas, com seus julgamentos, de modo que, em consequência, universidades passaram a uma abordagem cultural da raça. As ações afirmativas, então, adquirem uma nova roupagem. Em vez de buscar o reequilíbrio entre grupos discriminados, objetivam garantir igual dignidade e direito ao respeito e à consideração. Agora, o terreno é o do reconhecimento – de diferenças, diversidade de identidades e pluralismo cultural.

⁵⁰⁷ CALVÈS, Gwénaële, 2010, p 50.

os programas ou, ainda, concatenação política para a sua proibição (como se verá mais adiante).

Outro risco é ainda significativo: a utilização das cotas com fins exclusivamente políticos e o estabelecimento de verdadeiras reservas para diferentes grupos sociais. A inclusão dos “filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares e inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço” como beneficiários de cotas nas universidades estaduais do Rio de Janeiro, no Brasil (Lei nº 5.346/2008)⁵⁰⁸ é um exemplo. Há quem defenda que, neste caso, não se trataria de medida afirmativa, mas sim de mera política pública dirigida a tal segmento em razão da perda dos pais em circunstâncias violentas e da consequente vulneração e prejuízo na educação⁵⁰⁹. Mas nos parece evidente que se trata de verdadeira desvirtuação das discriminações positivas.

Denota, aliás, o potencial (abusivo) de extensão de tais políticas no país a proliferação de projetos de lei destinados a reservar vagas em instituições de ensino públicas, cargos e empregos públicos, contratações públicas e até mesmo empresas privadas. Restringindo a nossa pesquisa a poucos anos e a apenas 5 entes federativos⁵¹⁰, pudemos verificar um sem número de projetos que podem ser classificados como, no mínimo, preocupantes.

Não apenas os filhos, mas os próprios policiais civis e militares⁵¹¹, assim como outros servidores integrantes do sistema de segurança pública⁵¹² e professores de ensino da rede pública são beneficiários de vagas em instituições de ensino público superior⁵¹³.

Quantidade expressiva de projetos se destina a assegurar reserva de vagas para egressos do sistema prisional ou socioeducativo no âmbito das empresas que efetuam

⁵⁰⁸ Nos Estados de Minas Gerais e São Paulo há projetos de lei com teor semelhante: Projeto de Lei 1.495/2007, do Deputado mineiro Braulio Braz, e Projetos de lei nº. 712/2008, do Deputado Ubiratan Guimarães e 830/2007, do Deputado Edson Ferrarini, estes dois últimos paulistas.

⁵⁰⁹ WILLEMANN, Flavio de Araújo e COELHO, Bernardo Bichara. 2011. p. 256.

⁵¹⁰ União Federal, Estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais e Espírito Santo. Os projetos estão disponíveis em: <http://www.senado.gov.br>; <http://www2.camara.leg.br>; <http://www.alerj.rj.gov.br>; <http://www.al.sp.gov.br>; <http://www.almg.gov.br>; <http://www.al.es.gov.br>. A pesquisa, é de se esclarece, não pretende ser exaustiva nem quanto ao período nem quanto aos entes federativos, refletindo mera procura por projetos de lei que refletem a nossa percepção sobre o tema.

⁵¹¹ Projeto de Lei nº 1190/2003, do Estado de São Paulo, de autoria do Deputado Ubiratan Guimarães.

⁵¹² Projeto de Lei Federal nº 1946/2007, apresentado por Laerte Bessa, para reserva em cursos públicos de pós-graduação e mestrado.

⁵¹³ Projeto de Lei nº 608 do Estado de São Paulo, elaborado pelo Deputado Roberto Felício, que destina 30% de vagas em cursos de pós-graduação, mestrado e doutorado nas áreas de educação.

contratações com o Poder Público⁵¹⁴. Dependentes químicos também podem ter vagas designadas em contratações públicas ou instituições públicas de ensino profissional, científico e tecnológico⁵¹⁵.

Idosos são alvo de projetos de lei que destinam percentual de vagas em universidades públicas⁵¹⁶, inclusive sem aprovação prévia em exame vestibular⁵¹⁷, e em concursos públicos destinados ao ingresso em cargos e empregos públicos, não obstante a legislação brasileira preveja a aposentadoria compulsória nestes aos 70 (setenta) anos de idade (artigo 40, §1º, inciso II da CRFB/88)⁵¹⁸.

No outro extremo, os jovens são beneficiados em projetos de lei que reservam percentual em vagas nas eleições proporcionais em todos os níveis de governo⁵¹⁹ e em empresas que participam de licitações e contratos de obras, prestação de serviços, compras e locações para a Administração Pública⁵²⁰.

Aqueles que possuem 40 (quarenta) anos ou mais igualmente não ficam desamparados, obrigando-se ente estadual a manter no quadro de empregados no mínimo 10% de pessoas com tal característica⁵²¹ e, ainda, empresas instaladas ou em funcionamento no território brasileiro com mais de 40 (quarenta) funcionários⁵²². Independentemente da idade, reserva-se espaço para os postulantes de primeiro emprego, na área pública ou privada⁵²³.

⁵¹⁴ Projeto de Lei nº 7.873/2014, do Deputado Federal Márcio Macêdo; Projeto de Lei nº 6.901/2013, da Comissão de Legislação Participativa da Câmara Federal; Projeto de Lei do Senado nº 153/2014, do Senador Antonio Carlos Rodrigues; Projeto de Lei nº 885/2011, do Deputado Estadual do Rio de Janeiro Wagner Montes, Projeto de Lei nº 4.695/2014, do Deputado Rômulo Viegas; Projeto de Lei nº 4.264/2013, do Deputado do Estado Vanderlei Miranda, Projeto de Lei nº 2.784/2005 Deputado do Estado Zé Maia, estes três últimos de Minas Gerais.

⁵¹⁵ Projeto de Lei nº 4.627/2013 do Estado de Minas Gerais, de autoria do Deputado Cabo Júlio; Projeto de Lei nº 774/2013 do Estado de São Paulo, de autoria do Deputado Cauê Macris; e Projeto de Lei Federal nº 2.928/2011, proveniente da Comissão da Câmara Federal destinada a prover estudos a promover estudos e proposições de políticas públicas e de Projetos de Lei destinados a combater e prevenir os efeitos do Crack e de outras drogas ilícitas.

⁵¹⁶ Projeto de Lei nº 1.577/2007 do Estado de Minas Gerais, de autoria do Deputado Rômulo Veneroso.

⁵¹⁷ Projeto de Lei nº 735/2004 do Estado de São Paulo, de autoria do Deputado Roberto Alves.

⁵¹⁸ Projeto de Lei Federal nº 60/2009, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares (5% das vagas); e Projeto de Lei nº 3.710/2013, do Estado de Minas Gerais, de autoria do Deputado Fred Costa (10% das vagas).

⁵¹⁹ Projeto de Lei Federal nº 2.408/2007, proposto por Felipe Bornier.

⁵²⁰ Projeto de Lei nº 2.762/2011 do Deputado Federal Rogerio Carvalho.

⁵²¹ Projeto de Lei nº 666/2003, do Deputado Estadual Luiz Humberto Carneiro.

⁵²² Projeto de Lei Federal nº 1.747/2007, de Deputado Federal Juvenil Alves.

⁵²³ Projeto de Lei nº 7.666/2014, do Deputado Federal Anthony Garotinho, que estabelece percentual mínimo para todas as empresas instaladas e com funcionamento em território brasileiro com mais de 40 (quarenta) funcionários; e Projeto de Lei nº 576/2007, do Estado do Espírito Santo, apresentado pelo

Para as mulheres, além de projetos que, como em diversas partes do mundo, procuram assegurar representatividade em parte dos cargos políticos⁵²⁴, há aqueles que guardam percentagem de cargos em comissão e funções gratificadas⁵²⁵, em todas as empresas do país⁵²⁶, ou, ainda, vagas de emprego na área de construção de obras públicas em relação às empresas que contratam com o Poder Público⁵²⁷. Para aquelas que se encontram em situação de violência doméstica, há destinação de vagas em cursos técnicos de formação inicial e continuada⁵²⁸.

Os negros, além dos programas efetivamente implementados, também são alvo de projetos que buscam assegurar representação no Congresso Nacional⁵²⁹ e em empresas privadas que recebem incentivos fiscais dos entes estaduais⁵³⁰. E, ao lado de negros e índios, em concursos públicos, também se asseguram vagas para ciganos⁵³¹.

O regionalismo igualmente aparece nos projetos de lei, para assegurar a reserva de vagas em instituições de ensino superior aos estudantes egressos do ensino médio da região geográfica em que estiver situada a instituição⁵³², chegando ao incrível percentual de 98% em projeto de lei do Estado de São Paulo⁵³³.

Os portadores de *diabetes mellitus* tipo 1 são enquadrados no conceito de deficientes físicos para concorrer a vagas em concurso público a estes destinadas⁵³⁴ e portadores de HIV são incluídos em percentual de contratação a que empresas privadas

Deputado Elion Vargas, específico para cargos públicos e bastando que seja primeiro emprego na requerida área de conhecimento, destinando 20% das vagas

⁵²⁴ Como, por exemplo, a Proposta de Emenda à Constituição 371/2013, elaborada pela Deputada Iriny Lopes e outros, assim como a Proposta 205/2007, do Deputado Luiz Carlos Hauly, que reservam vaga para as mulheres na representação da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. O Projeto de Lei Federal 7.539/2014, do Deputado Federal Sibá Machado, que prevê, na renovação de 2/3 do Senado Federal, a reserva de uma vaga para o sexo feminino e outra para o masculino.

⁵²⁵ Proposta de Emenda Constitucional 196/2007, da Deputada Gorete Pereira e Projeto de Lei Federal n° 2.227/2007 do Deputado Luiz Carlos Hauly.

⁵²⁶ Projeto de Lei n° 5.816/2009, da Deputada Federal Solange Almeida.

⁵²⁷ Projeto de Lei n° 3.012/2012, do Estado de Minas Gerais, proposto por Arlen Santiago e Projeto de Lei n° 3.052/2012, do mesmo Estado, apresentado por Liza Prado; Projeto de Lei nk 819/2010 do Estado de São Paulo, de autoria de Beth Sahão.

⁵²⁸ Projeto de Lei n° 233/2013, do Senador Ataídes Oliveira.

⁵²⁹ Projeto de Emenda Constitucional n° 116/2011, de autoria dos Deputados Federais Luiz Alberto, João Paulo Cunha e Outros.

⁵³⁰ Projeto de Lei n° 2.243/2013 do Estado do Rio de Janeiro, proposto por Jânio Mendes, e n° 345/2013, do Estado de São Paulo, de autoria de Carlos Giannazi.

⁵³¹ Projeto de Lei n° 1205/2011, do Estado de São Paulo, elaborado pelo Deputado José Candido.

⁵³² Projeto de Lei Federal 1.644/2011, do Deputado Romero Rodrigues.

⁵³³ Projeto de Lei n° 703/2000, do Deputado Estadual Alberto Turco Loco Hiar.

⁵³⁴ Projeto de Lei n° 7.467/2014, do Deputado Federal Hugo Motta.

estão obrigadas a observar⁵³⁵. Os portadores de epilepsia, além de merecerem menção para que lhes seja garantida “percentagem de mão-de-obra qualificada nas empresas”⁵³⁶, também são agraciados em projeto que pretende impor reserva de vagas de trabalho nos contratos de ente estadual com empresas e entidades prestadoras de serviços⁵³⁷.

E, por fim, o projeto de lei n.º. 3.513/2012, do Deputado Federal William Dib, que pode ser considerado emblemático do ponto que se pretende ressaltar, objetiva assegurar 2% da vagas oferecidas em certames públicos para provimento de cargos e empregos públicos às pessoas portadoras de Síndrome de Down. Independentemente do cargo, da capacidade de desempenho das atividades públicas⁵³⁸ e da proporção entre pessoas com síndrome de down na sociedade brasileira e as vagas disponibilizadas em certames públicos.

O estabelecimento de preferências acaba se inculcando nos costumes políticos do país, sendo fácil, como se verifica por meio dos exemplos de projetos de lei – todos formalmente apresentados nas respectivas casas legislativas – descambar em meras disputas políticas para reserva de espaço entre diferentes grupos.

O risco é manifesto e, por isso mesmo, merece atenção das entidades civis, do Poder Público, da população em geral. das entidades representativas de poder. Não significa, no entanto, que não possa ser contido e, tampouco, autoriza a conclusão apressada de que, por conta disso, as ações afirmativas devem ser desconsideradas como políticas válidas. A possibilidade de abuso de tais políticas não deve impedi-las por completo, mas sim servir de alerta à sociedade para que o controle seja mantido e haja imediata reação em caso de constatação daquele⁵³⁹.

⁵³⁵ Projeto de Lei n.º. 6.014/2009, de autoria do Deputado Federal Talmir, que pretende alterar o artigo 93 da Lei Federal n.º. 8.213/91, já comentada neste trabalho quanto à reserva de vagas em empresas privadas para deficientes físicos.

⁵³⁶ Projeto de Lei n.º. 742/2007 do Estado de Minas Gerais, do Deputado Carlin Moura.

⁵³⁷ Projeto de Lei n.º 1.345 do Estado do Rio de Janeiro, apresentado pelo Deputado Iranildo Campos

⁵³⁸ Evidentemente que, ainda que eventualmente tenham a capacidade de produção diminuída, os portadores de deficiência devem conseguir desempenhar as atividades para as quais pretendem ser contratados. Nesse sentido: “Importante salientar que a pessoa portadora de deficiência deve estar plenamente habilitada para o emprego ou função que pretenda exercer, pois, de outro modo, estará abandonando a esfera de proteção conferida pela norma constitucional. Nesse sentido, uma pessoa portadora de deficiência visual não pode se candidatar a um cargo de motorista, onde a habilidade visual é fundamental.” (QUARESMA, Regina. 2008, p. 940)

⁵³⁹ A ponderação de Ronald Dworkin, apesar de direcionada à realidade estadunidense de ações afirmativas nas universidades, pode ser pertinente: “negar a todas as universidades o poder de fazer o que lhes for possível para aumentar a diversidade, a justiça social e a estabilidade, com base na remota possibilidade de que uma ou duas instituições possam abusar de tal poder sem ser detectadas, seria o mesmo que negar o uso

Por fim, vale mencionar a visão de Thomas Sowell que, apesar de acreditar que as ações afirmativas são assimétricas e que são crescentes as demandas pelo seu término, assim como a violência contra os beneficiários, não vislumbra como politicamente viável a morte de tais programas⁵⁴⁰.

4.4 – Ações afirmativas – Direito? De quem? A questão majoritária

Ao longo do presente trabalho, mencionamos que as ações afirmativas são associadas à ideia de democratização e de pluralismo. Inúmeros são os autores que defendem as medidas como naturais e necessárias no âmbito das sociedades plurais, como garantia dos direitos das minorias e homenagem ao princípio da diversidade. Nesse sentido, Marco Aurélio de Melo assevera que “a ação afirmativa evidencia o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica”⁵⁴¹.

O que acontece, entretanto, quando as discriminações positivas são rejeitadas no âmbito democrático? Vale dizer, quando, por decisão majoritária, são aprovadas proibições ao seu emprego?

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América apreciou a matéria recentemente ao julgar *Schuetz v. Coalition to Defend Affirmative Action*. E considerou integralmente constitucional a emenda à Constituição do Estado de Michigan, aprovada em novembro de 2006 por 58% dos eleitores⁵⁴²⁻⁵⁴³, que proibiu discriminação ou tratamento preferencial na

de verba pública na pesquisa médica porque alguns pesquisadores poderiam ser plagiadores ou ladrões.” (DWORKIN, Ronald. 2005, p. 576)

⁵⁴⁰ SOWELL, Thomas. 2004, p. 50.

⁵⁴¹ MELO, Marco Aurélio Mendes de Farias. 2003, p. 3.

⁵⁴² O artigo 12, 2ª seção, da Constituição do Estado de Michigan prevê a possibilidade de emenda à Constituição por iniciativa popular. O requerimento, formulado por um número mínimo de eleitores e contendo a íntegra do texto proposto para a emenda, passa por um procedimento formal, que envolve a verificação da validade e suficiência das assinaturas, e, após, é submetido ao voto popular. Se a proposta for aprovada pela maioria dos votantes, torna-se parte da Constituição após 45 dias da data da votação. Disponível em: <[http://www.legislature.mi.gov/\(S\(5iq11j2vwkv5eryqp2tdhl55\)\)/mileg.aspx?page=getObject&objectName=mcl-Article-XII-2](http://www.legislature.mi.gov/(S(5iq11j2vwkv5eryqp2tdhl55))/mileg.aspx?page=getObject&objectName=mcl-Article-XII-2)> Acesso em 15 de julho de 2014.

⁵⁴³ Leia-se o texto contido na cédula de votação, disponível em: http://www.civilrights.org/equal-opportunity/michigan/proposal_text.html (acesso em 15 de julho de 2014):

THE PROPOSAL WOULD AMEND THE STATE CONSTITUTION BY ADDING A SECTION 25 TO ARTICLE I.

A proposal to amend the state constitution to ban affirmative action programs that give preferential treatment to groups or individuals based on their race, gender, color, ethnicity or national origin for public employment, education or contracting purposes.

The proposed constitutional amendment would:

- Ban public institutions from using affirmative action programs that give preferential treatment to

educação pública, nos contratos governamentais e nos empregos públicos, com base em raça, gênero, cor, etnia ou origem nacional (artigo I, seção 26)⁵⁴⁴.

Em 2003, a Suprema Corte havia analisado dois sistemas de admissão da Universidade de Michigan, que expressamente admitiam consideração da raça. Em *Gratz v. Bollinger*, invalidou o plano de admissão à graduação, por violar a cláusula de igual proteção⁵⁴⁵. Mas, em *Grutter v. Bollinger*, considerou legítimo o uso da raça como um fator, dentre outros, para a admissão de candidatos à faculdade de Direito⁵⁴⁶, como forma de assegurar a diversidade acadêmica.

O critério racial continuou sendo empregado pela Universidade, ainda que de forma mais limitada. Em resposta, houve a aprovação da emenda constitucional, por iniciativa popular, para proibir o estabelecimento de tais preferências.

A questão foi submetida à Suprema Corte, após a Corte de Apelação ter considerado a proibição inconstitucional. Por maioria, consideraram os membros daquela que os cidadãos de Michigan exerceram o legítimo direito de agir por meio de processo eleitoral para moldar o curso de seus tempos e adotar uma política em uma matéria altamente controversa.

Consignaram que a questão em debate não versa sobre como deve ser resolvido o tema das ações afirmativas, mas sim quem deve fazê-lo. E entenderam que a Constituição Federal ou os precedentes jurisprudenciais não dariam autoridade à Suprema Corte para afastar as normas de Michigan que cometem essa determinação política aos eleitores.

groups or individuals based on their race, gender, color, ethnicity or national origin for public employment, education, or contracting purposes. Public institutions affected by the proposal include state government, local governments, public colleges and universities, community colleges and school districts.

- Prohibit public institutions from discriminating against groups or individuals due to their gender, ethnicity, race, color or national origin. (A separate provision of the state constitution already prohibits discrimination on the basis of race, color or national origin).

Should this proposal be adopted?

Yes No

⁵⁴⁴ O texto integral da Constituição já alterada pode ser encontrado em: <[http://www.legislature.mi.gov/\(S\(1xvj4bmu4zq4w255c4iuvb55\)\)/mileg.aspx?page=GetObject&objectname=mcl-Article-I-26](http://www.legislature.mi.gov/(S(1xvj4bmu4zq4w255c4iuvb55))/mileg.aspx?page=GetObject&objectname=mcl-Article-I-26)> Acesso em 15 de julho de 2014.

⁵⁴⁵ O plano de admissão à graduação automaticamente conferia 20 pontos aos candidatos que sustentassem pertencer a minorias étnicas ou grupos sub-representados. Entendeu-se que o sistema era inconstitucional por tornar o fator raça decisivo para qualquer candidato minimamente qualificado que fosse representante de uma minoria. Para Scott Greytak, Gratz conferiu às universidades e faculdades uma mensagem clara: planos de admissão que quantificam a raça são essencialmente inconstitucionais a princípio. (In KAHLENBERG, Richard D., 2014, posições 1232-1246).

⁵⁴⁶ Importante ressaltar que, nos Estados Unidos da América, o ingresso na Faculdade de Direito se diferencia do ingresso em graduações genéricas, sendo posterior ao ingresso em um curso de graduação.

Assim, as políticas que afetam minorias e não envolvem discriminação intencional devem ser decididas nas urnas e não nos Tribunais.

O Estado da Califórnia foi o pioneiro na vedação, o fazendo por meio de emenda constitucional, de iniciativa popular. Em 04 de novembro de 1996, foi aprovada a Proposição 209, para inserir a Seção 31, no artigo I da Constituição da Califórnia⁵⁴⁷.

Desde então, oito Estados baniram a possibilidade de utilizar as ações afirmativas baseadas em critérios raciais ou étnicos⁵⁴⁸, sendo que seis por meio de iniciativa popular. São eles, além da Califórnia: Washington (1998), Florida (1999), Michigan (2006), Nebraska (2008), Arizona (2010), New Hampshire (2011) e Oklahoma (2012). Ao todo, estes oito estados educam 29% de todos os alunos do ensino médio nos Estados Unidos⁵⁴⁹.

Em contrapartida, em 2008, idênticas iniciativas em Missouri e Oklahoma⁵⁵⁰ não foram suficientes para angariar o número mínimo de assinaturas para levar à votação popular. E, no Colorado, no mesmo ano, a iniciativa foi posta em votação, mas rejeitada pelo eleitorado⁵⁵¹. O que demonstra a ausência de uniformidade de opinião da população, como um todo, a respeito do tema.

A questão é bastante sensível e, acreditamos, envolve dois pontos principais: a concepção de democracia e a classificação das ações afirmativas.

Sabe-se que o conceito de democracia é absolutamente aberto, dinâmico e, por isso mesmo, sujeito a concepções distintas e incontáveis contestações⁵⁵². Pode-se dizer que a

⁵⁴⁷ Curiosamente, o maior responsável pelo sucesso da Proposição na Califórnia e a sua disseminação em outros Estados foi um homem negro, chamado Ward Connerly. Mas, na votação popular, apenas 26% dos afrodescendentes votaram a favor da medida. (KENNEDY, Randall. 2013, posições 1035 e 1060-1075).

⁵⁴⁸ Embora não tenham sido editadas normas proibitivas, dois outros Estados enfrentaram restrições por decisões judiciais (Georgia e Texas). Em 1996, em *Hopwood v. Texas*, a Corte de Apelação do 5º Circuito entendeu que a Universidade do Texas não poderia utilizar critérios raciais ou étnicos em seu processo admissional. (De acordo com Richard H. Sander – 2004, p. 388), o 5º Circuito entendeu que a Suprema Corte havia abandonado o critério da diversidade de *Bakke* em julgamentos posteriores, de modo a vedar o uso de critérios raciais em políticas de admissão no ensino superior) Em 2003, no entanto, em resposta ao julgamento da Suprema Corte em *Grutter v. Bollinger*, a Universidade reabriu a possibilidade de utilização de tais critérios.

Na Georgia, em 2000, uma decisão judicial resultou no fim da consideração da raça como critério nos processos de admissão. Apesar de a decisão afetar somente uma universidade, temendo novas batalhas judiciais, houve abandono do critério de forma geral. (POTTER, Halley. *In* Kahlenberg, Richard. D., *The Future of Affirmative Action*, 2014, posições 1461-76)

⁵⁴⁹ POTTER, Halley. *In* Kahlenberg, Richard. D., 2014, posições 1428-42.

⁵⁵⁰ Como se verifica no parágrafo anterior, anos depois nova iniciativa teve êxito no Estado de Oklahoma.

⁵⁵¹ KENNEDY, Randall. 2013, p. 73, posição 1080.

⁵⁵² “Podemos, assim, admitir que a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo. Diz-se que é um processo de convivência, primeiramente para denotar sua historicidade, depois para realçar que, além de ser

fórmula de Lincoln - “governo do povo, pelo povo e para o povo” – ainda é considerada síntese perfeita dos momentos fundamentais do princípio democrático e “modo de justificação positiva da democracia”⁵⁵³. Mas definir o que se entende por povo e como ele governa não constitui tarefa simples.

Soberania popular é considerada a base fundante do Estado Democrático e a dimensão participativa do povo na coisa pública é componente essencial⁵⁵⁴. A democracia repousa sobre dois princípios primários, constituintes de sua natureza: (i) soberania popular, que representa a ideia de que todo o poder emana do povo; e (ii) participação, direta ou indireta, do povo no poder⁵⁵⁵.

Nas democracias semidiretas a participação popular não se resume à eleição de representantes, sendo incrementada por mecanismos de atuação direta dos cidadãos no cenário político, quais sejam: (i) iniciativa popular, admitindo-se que o povo apresente projetos de lei (e até mesmo de emenda à Constituição); (ii) veto, por meio do qual os cidadãos, em votação, podem rejeitar determinado ato legislativo; (iii) referendo; e (iv) plebiscito, os quais se caracterizam como consultas populares sobre uma dada questão, texto ou escolha política, embora haja variação de seus conceitos nos diferentes ordenamentos jurídicos⁵⁵⁶.

Na moderna realidade pluralista, com as múltiplas tensões existentes entre as distintas classes, frações de classe, grupos sociais, econômicos, culturais e ideológicos, os movimentos e decisões populares naturalmente não são unânimes. Mas, para além de contrariar opiniões ou desfavorecer interesses de determinados segmentos sociais, podem assegurar verdadeira opressão.

Embora o povo seja, na democracia, a fonte, o titular e a finalidade do poder, isso não significa que se possa configurar a ditadura da maioria. A ideia de democracia não se

uma relação de poder político, é também um modo de vida, em que, no relacionamento interpessoal, há de verificar-se o respeito e a tolerância entre os conviventes.” (SILVA, José Afonso da. 2007, p. 126).

⁵⁵³ CANOTILHO, JJ. Gomes. 2003, p. 287.

⁵⁵⁴ SILVA, José Afonso da. 2007, p. 117.

⁵⁵⁵ SILVA, José Afonso da. 2007, p. 131.

⁵⁵⁶ No Brasil, a distinção entre os dois institutos está associada ao momento: enquanto o referendo submete ao crivo popular projetos de lei ou de emendas constitucionais que já tenham sido aprovados pelo Poder Legislativo, o plebiscito constitui uma consulta a respeito de questões políticas ou institucionais antes de sua formulação legislativa. Na Europa, no entanto, a diferenciação está bastante vinculada à legitimidade. Os referendos são considerados consultas aos cidadãos sobre uma questão ou um texto. Já os plebiscitos sujeitam a escolhas ou decisões políticas à opinião dos eleitores, sendo normalmente vistos com desconfiança e taxados de mecanismos de legitimação de regimes autoritários (SILVA, José Afonso da. 2007, p. 141-142 e CANOTILHO, JJ. Gomes. 2003, pp. 295-296).

vincula a mera fórmula processual de aferição da vontade em maior número e implementação desta⁵⁵⁷. Além de buscar a realização do interesse geral, por meio da técnica da maioria, a democracia também se associa aos valores primordiais da igualdade e da liberdade⁵⁵⁸.

Luís Roberto Barroso ressalta que a democracia, em seu conteúdo material, ultrapassa a noção de simples governo da maioria, para abranger também segmentos sociais de menor expressão política, mesmo que não minoritários, como as mulheres e, em inúmeros países, os pobres em geral⁵⁵⁹. E defende: “para a realização da democracia nessa dimensão mais profunda, impõe-se ao Estado não apenas o respeito aos direitos individuais, mas igualmente a promoção de outros direitos fundamentais, de conteúdo social, necessários ao estabelecimento de patamares mínimos de igualdade material, sem a qual não existe vida digna nem é possível o desfrute efetivo da liberdade”⁵⁶⁰.

Um dos grandes desafios é conciliar a vontade expressada pela maior parte dos indivíduos e o igual respeito e consideração por todos eles. Existe profunda complexidade na conformação entre soberania popular e direitos fundamentais, de modo a se obter o governo da maioria, assegurando não apenas as liberdades individuais, mas também padrões mínimos de vida que garantam dignidade, justiça, diversidade e pluralidade⁵⁶¹.

Na hipótese em tela, é de se indagar se a vontade popular explicitada por meio da iniciativa legislativa e do sufrágio se harmoniza com os verdadeiros ideais democráticos.

⁵⁵⁷ “A igualdade política requer que o poder político seja distribuído de maneira a confirmar a preocupação e respeito iguais da comunidade política por todos os seus membros. Reservar o poder para alguma pessoa ou para algum grupo graças ao nascimento ou aos despojos de conquistas ou a alguma aristocracia de talento, ou negar os emblemas de cidadania a algum adulto (exceto, talvez, em consequência de um crime ou de outro ato contra a comunidade) é inaceitável. No entanto, a igualdade aritmética de influência não é possível nem desejável, e igualdade aritmética de impacto só é essencial na medida em que o seu desvio significa um insulto. A igualdade aritmética da concepção maioritária, portanto, não tem em si mesma, qualquer valor. O governo da maioria não é um processo de decisão intrinsecamente justo. Não tem necessariamente mais valor instrumental do que outros sistemas políticos. Se a legitimidade de um sistema político puder ser reforçada por sistemas constitucionais que criem alguma desigualdade de impacto, mas que não ameacem a dignidade, seria perverso descartar essas medidas. Esta é a fraqueza fatal da concepção maioritária.” (DWORKIN, Ronald. 2012, p. 399)

⁵⁵⁸ SILVA, José Afonso da. 2007, pp. 129-132.

⁵⁵⁹ “Admitir-se que a democracia tem que se preocupar simultaneamente com a regra da maioria e com os direitos das minorias não é uma ideia nova, mas, apesar disso [...], do ponto de vista do contexto organizacional, é frequente olhar-se para a democracia apenas em termos do exercício do direito de voto e como regime de governo pela maioria. A compreensão mais ampla da democracia enquanto pública argumentação [...], que também inclui o direito ao voto, mas que vai muito para além disso, mostra-se capaz de acolher a importância dos direitos das minorias sem por isso ignorar o voto da maioria, olhando para ambos os aspectos como parte da estrutura total da democracia.” (SEN, Amartya. 2012, p. 464)

⁵⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. 2009, p. 41.

⁵⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. 2009, p. 41.

Poderia o povo simplesmente proibir que tais medidas fossem adotadas para assegurar a minorias o direito de igualdade substancial? De acordo com a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, sim.

Quanto ao ponto, a consideração da natureza das ações afirmativas pode ter influência. Alguns autores as veem como legítimo direito fundamental, entendendo que sempre que a fruição de direitos fundamentais por parte de um segmento social for obstada por condutas discriminatórias nascerá o direito à ação afirmativa.

Esta é a visão de Flávio Willeman e Bernardo Coelho, para quem a ação afirmativa, “em razão de sua origem e finalidade, só pode ter a natureza jurídica também de um direito fundamental implícito que exsurge para as vítimas da discriminação no momento em que os demais direitos fundamentais a que fazem jus são violados, independentemente de estarem explicitados no ordenamento jurídico”⁵⁶².

Para Luciana Dayoub Ranieri de Almeida, são consideradas direito fundamental e, portanto, alcançadas pela força de imutabilidade que reveste as cláusulas pétreas, as discriminações positivas direcionadas à equalização do corpo social e estabelecidas na própria Constituição⁵⁶³.

Nessa perspectiva, parece-nos que, a considerar as ações afirmativas como direito fundamental, resta evidente a impossibilidade de seu banimento, ainda que por iniciativa e votação populares. Como já adiantado, não se coaduna com a noção de democracia, a supressão, pela maioria, de direito fundamental de determinado segmento social.

De outro lado, há quem caracterize as discriminações positivas não como um direito, mas sim como um instrumento de concretização deste. Nesse sentido, Marié McGregor⁵⁶⁴ declara que, embora as ações afirmativas constituam ferramentas possíveis para remediar a discriminação e garantir a igualdade, elas não são vistas como um direito em si, mas como instrumento para atingir o direito à igualdade. Ou seja, as medidas destinadas a alcançar a meta de igualdade são distintas da meta propriamente⁵⁶⁵.

Em que pesem os posicionamentos em sentido contrário, parece-nos que atribuir às

⁵⁶² WILLEMANN, Flavio de Araujo e COELHO, Bernardo Bichara. 2011, p. 242.

⁵⁶³ ALMEIDA, Luciana Dayoub Ranieri de. 2011, p. 68.

⁵⁶⁴ MCGREGOR, Marie. 2006, p. 397.

⁵⁶⁵ Nessa esteira, também a visão de Rafael de Freitas Schultz Ribeiro (2011, p. 171), que as caracteriza, sob a ótica do Direito Internacional Público, como “meios de satisfação de compromissos firmados pelo Brasil em tratados internacionais de direitos humanos”; e, sob a ótica do Direito Constitucional, como “ferramentas a serem utilizadas para o alcance dos objetivos fundamentais desta república federativa e para o real exercício dos direitos e garantias fundamentais”.

ações afirmativas o caráter de direito fundamental significa escolher previamente o tipo de política que deve ser implementada, em detrimento do poder de escolha governamental e, para aqueles que a admitem também na esfera privada, da liberdade privada. Por mais que possam ser um caminho de efetivação de direitos fundamentais de indivíduos pertencentes a segmentos sociais discriminados, não são o único, nem necessariamente o melhor, tampouco indispensável.

E seria possível à maioria proibir especificamente esta via de implementação de outros direitos, estes sim fundamentais? A resposta, sob esta perspectiva, não é tão fácil. Parece-nos, no entanto, razoável defender o entendimento de que, não sendo as ações afirmativas o único caminho possível para atingi-los, a vedação deve ser considerada possível, ainda que objeto de críticas. Se não há inviabilidade de garantia dos mesmos direitos, por outros meios, difícil caracterizar como inconstitucional a consideração de que determinada forma não é desejada em certo ambiente social, em razão das inúmeras críticas possíveis e da controvérsia inerente à questão.

CONCLUSÃO

Em conclusão, devemos ressaltar algumas ideias principais aqui visitadas e exteriorizar algumas de nossas impressões e constatações.

Apesar de ser possível perceber, ao longo da história, algumas manifestações de igualdade, o moderno princípio foi fruto das revoluções do século XVIII, sendo reproduzido em praticamente todas as cartas constitucionais pós revolução francesa. Desde sua consagração como dogma jurídico-político dos Estados Modernos, foi objeto de uma evolução “em camadas”, agregando novas noções sem abandonar as anteriores. Passou de um sentido negativo, de simples combate aos privilégios tidos por injustificados, para um positivo, verdadeiramente mais complexo, que conjuga uniformidade de tratamento com consideração e preservação das diferenças individuais.

Na tentativa de perquirir o conteúdo do princípio, verificamos que é, em sua essência, relativo, dependendo da escolha de pontos a serem destacados para que se possa efetuar a comparação e concluir sobre a igualdade/desigualdade. A eleição dos critérios constitui o ponto mais controverso do tema, debruçando-se a doutrina, em especial a filosofia, sobre eles. Mas é incontestável que este processo de seleção dos fatores não pode ser destacado de seu contexto social, temporal e espacial.

Não obstante não seja possível fixar previamente um conteúdo, há um razoável consenso quanto a alguns limites que devem ser observados. Todos os homens são iguais em dignidade e, portanto, possuem direito a igual autonomia e respeito, como sujeitos de escolha moral e seres capazes de conceber e racionalmente perseguir os seus respectivos planos de vida. O arbítrio é proibido. O tratamento diferenciado é permitido (e devido), vedando-se apenas as discriminações prejudiciais e que gerem privilégios. Toda discriminação deve ser baseada em critério justificável, do ponto de vista da razoabilidade e proporcionalidade, considerando os seus objetivos, que devem guardar relação com os valores protegidos pelo texto constitucional.

Nesse sentido, normalmente⁵⁶⁶ associadas ao princípio da igualdade, se destacam as ações afirmativas, também conhecidas como discriminações positivas. Por meio de certas

⁵⁶⁶ Normalmente, pois há quem prefira abordagem por outras perspectivas, como Nina Trícia Disconzi Rodrigues e Rodrigues Pereira Júnior (2013, p. 119), que se preocupam em analisá-las por outras perspectivas: “necessária referência ao compromisso do Estado Democrático de Direito com o seu projeto de transformar a sociedade; percorre o debate político-filosófico desde o liberalismo até o comunitarismo; e encontra na meritocracia o locus da efetivação de uma política pública capaz de alterar a realidade”.

medidas – que podem assumir feições diversas e significar interveniência em maior ou menor grau – é estabelecido um tratamento preferencial a determinado grupo minoritário, de modo a permitir o seu acesso a recursos valiosos e escassos, já que, em razão de desigualdades fáticas e discriminação direta ou indireta, normalmente encontram óbices para alcançá-los.

Fundamentadas, em geral, pela necessidade de reparação histórica, bem como pelos ideais de justiça distributiva e de promoção da diversidade, as medidas são, ao mesmo tempo, objeto de críticas e ovações. A controvérsia parece ser, efetivamente, a marca registrada das ações afirmativas. Inúmeros argumentos existem para defendê-las e, ao mesmo tempo, diversos para desacolhê-las. Parece-nos, contudo, que não podem ser consideradas incompatíveis com o princípio da igualdade em tese, o que não significa que, na prática, não possam sê-lo ou que, mesmo sem violar o princípio da igualdade, os seus custos não acabem por ultrapassar os benefícios, tornando-as desaconselháveis.

Adotadas em diversos países ao redor do mundo, não podem ignorar o contexto social em que são implementadas, devendo ser frequentemente submetidas ao teste de razoabilidade e proporcionalidade e acompanhadas por verdadeiros e intensos estudos. Estudos que permitam aferir se, de fato, os fatores escolhidos para o tratamento preferencial são os responsáveis pelas barreiras enfrentadas pelos grupos minoritários. E verificar o tratamento especial que deve ser concedido, em qual medida, em que espaço de atuação, quais devem ser os beneficiários, para permitir a sua adequada configuração. Perguntas verdadeiramente complexas, com grau de dificuldade acentuado em decorrência da escassez de dados sociais a respeito.

A importância do debate deve, aliás, ser realçada. Opiniões favoráveis e contrárias devem merecer igual atenção e respeito, para que se possa efetivamente tomar decisões fundamentadas e constantemente incrementar a igualdade no seio social. Ao longo do presente trabalho pode-se observar que diversos autores reclamam da ausência de espaço amplo para a verdadeira discussão a respeito do tema, nos dias atuais. Sustenta-se que os contrários às medidas são frequentemente acusados e julgados pela opinião pública, bem como que a mídia sempre redireciona a questão para a discriminação histórica, em sentindo apelativo, sem mencionar os problemas verificados quanto ao argumento e, ainda,

de modo geral acerca do tema⁵⁶⁷. Vimos aqui inúmeras alegações de insinceridade, para os dois lados. O debate, portanto, deve ser franco, abordando os aspectos nevrálgicos, para que se possa não apenas ponderar os benefícios e os ônus, mas, em caso de sua implementação, aprimorá-las permanentemente.

Embora existam diversos críticos das medidas e, em alguns países, estejam sofrendo visíveis restrições, não nos parece que, em um futuro recente, elas serão definitivamente extintas. Importante, então, que o objetivo de preservar ideais de igualdade e de democracia fique além do discurso, refletindo-se na prática.

⁵⁶⁷ FARRON, Steven. 2014. posições 3028-3033 e 3069 – 3095.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Teoria de Los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

ALBERTO, Ana Paula. Cotas para Negros nas Universidades: uma análise à luz do Direito Constitucional Brasileiro. *In* Direito Público, ano VIII, n° 35, pp. 183/191, set/out 2010.

ALMEIDA, Luciana Dayoub Ranieri de. Ações Afirmativas e a Concretização do Princípio da Igualdade no Direito Brasileiro. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2011.

AMARAL, Maria Lúcia. O princípio da igualdade na Constituição Portuguesa. *In* Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando M. Marques Guedes. Org. MIRANDA, Jorge. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: 2004, pp. 35-57.

ARISTÓTELES. Política. Tradução, introdução e notas de Mario da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1985.

ÁVILA, Humberto. Princípios e regras e a segurança jurídica. *In* Revista de Direito do Estado, n° 21, pp. 313/330, jan/dez. 2011.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª edição, Editora Malheiros, 2000.

_____. Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. *In* Revista Trimestral de Direito Público, n° 01, Editora Malheiros, 1993, pp. 79-83.

BARBOSA GOMES, Joaquim B. e SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo04.pdf> Acesso em 31.03.2013

BARBOSA, Rui. Oração aos moços; edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5ª edição, Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/interna.php?ID_S=105> Acesso em 13.04.2013.

BARROSO, Luís Roberto. Cotas raciais são legítimas com parâmetros razoáveis. Parecer elaborado por solicitação do Instituto Educafro, publicado na Revista Consultor Jurídico, em abril de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-25/politica-cotas-raciais-legitima-parametros-razoaveis>> Acesso em 31.03.2013.

_____. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, 1ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Editora Fórum. Belo

Horizonte, 2013,

_____. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. *In* Temas de Direito Constitucional. BARROSO, Luís Roberto. Rio de Janeiro, 2ª edição, Renovar: 2002, pp.153-164.

_____. Diferentes, mas iguais. *In* Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 17, pp. 105-138, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-007-INDICE.htm>> Acesso em 08.04.2013

_____. Igualdade perante a lei. *In* Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos vol. 2, Editora Revista dos Tribunais, ago 2011. Artigo originalmente publicado na Revista de Direito Público – RDP 78/65 – abr.-jun./1986

_____ e MENDONÇA, Eduardo. STF entre seus papéis contramajoritário e representativo. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>> Acesso em 31.03.2013

BASTOS, Marcelo Santos. A inclusão das minorias e dos grupos vulneráveis: uma vertente eficaz e necessária para a continuidade da ordem jurídica constitucional. *In* Revista Brasileira de Direito Constitucional, n° 18, jul/dez. 2011, pp. 39-69.

BINENBOJM, Gustavo. Direitos Humanos e Justiça Social: as Ideias de Liberdade e Igualdade no Final do Século XX. *In* TORRES, RICARDO LOBO. Legitimação dos Direitos Humanos, Rio de Janeiro: Editora Renovar, pp. 293-320, 2007.

BURGOS GARCÍA, Olga. Paridad y Acción Positiva. *In* BERMÚDEZ, Izabel Vázquez (Coord.). Investigación y Género. Logros y Retos. Sevilla, Universidad de Sevilla, , pp. 179-198, junho de 2011.

CALVÈS, Gwénaële. La discrimination positive. Que sais-je? Presses Universitaires de Frances, 3ª edição, 2010.

CANAS, Vitalino. Introdução às decisões de provimento do tribunal constitucional (Conteúdo, Objecto, Efeitos). 2ª edição, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição, 11ª reimpressão, Coimbra: Almedina. 2003.

_____. Estudos sobre direitos fundamentais. 2ª edição, Coimbra : Coimbra Editora, 2008.

_____ e VITAL, Moreira. Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, 4ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____ e VITAL, Moreira. Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume II, 4ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CARDOSO, Helena Schiessl. O Desafio das Cotas de Representação Política das Mulheres no Legislativo Brasileiro a partir de um Enfoque Feminista. *In* CLÉVE, Clèmerson Merlin (Coord.). Constituição, Democracia e Justiça. Belo Horizonte: Editora Fórum. pp. 303/318, 2011.

CENCI, Ana Righi. Direitos Humanos e minorias étnicas: aplicabilidade social e juridical dos direitos fundamentais. *In* Revista da AJURIS, v. 37, n° 117, pp. 367-85, marco de 2010.

CLARO, João Martins. O princípio da igualdade. *In* Nos dez anos da Constituição. Org. Miranda, Jorge. Lisboa, pp. 29-38, 1986.

COMPARATO, Fabio Konder. Igualdades, Desigualdades. *In* Revista Trimestral de Direito Público, n° 01, Editora Malheiros, pp. 69-78, 1993.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Igualdade, minorias, discriminações. *In* O direito, ano 131, III-IV, pp. 289-312, jul/dez 1999.

DIAS, Maria Berenice. A igualdade desigual. *In* Revista Brasileira de Direito Constitucional, n° 2, pp. 50-65, jul/dez 2003.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. Multiculturalismo: apontamentos sobre as relações com o liberalismo e com o comunitarismo e alguns traços sobre a concepção proposta por Tariq Modood. *In* CLÉVE, Clèmerson Merlin (Coord.). Constituição, Democracia e Justiça. Belo Horizonte: Editora Fórum. pp. 287-302, 2011.

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

_____. Justiça para Ouriços. Almedina: Coimbra. 2012.

ELIE, Julie. Nous ne sommes pas des quotas. Manifeste contre la discrimination positive. L'Harmattan. 2013.

FARRON, Steven. The Affirmative Action Hoax. Diversity, the importance of characer and other lies. 2ª edição, New Century Foundation, junho de 2014, e-book, versão Kindle.

FAUNDEZ, J. Affimative action: International Perspectives. Geneva. International Labour Office, 1994.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Igualdade como ideal: entrevista com Ronald Dworkin. *In* Novos estudos - CEBRAP, n° 77, São Paulo, Mar. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000100012&script=sci_arttext Acesso em 03 de março de 2014.

FERREIRA, Dâmares. O Poder Normativo Coletivo. A promoção da igualdade de oportunidades por meio de ações afirmativas trabalhistas. Curitiba: Juruá Editora. 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos jurídicos das ações afirmativas. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 69, n. 2, p. 72-79, jul./dez. 2003. Disponível em <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/3965>> Acesso em 04.04.2013.

FERREIRA, Renato (Coord). Ações Afirmativas. A questão das Cotas. Editora Impetus. Niterói, 2011.

FILHO, Penildon Silva. Políticas de Ação Afirmativa na Educação Brasileira. Estudo de caso do programa de reserva de vagas para ingresso na Universidade Federal da Bahia, Jundiaí – SP, Paco Editorial, 2014, e-book Versão Kindle.

FOSTER, Sheila. DIFFERENCE AND EQUALITY: A CRITICAL ASSESSMENT OF THE CONCEPT OF “DIVERSITY”. 1993 Wisconsin Law Review 105

FREDMAN, Sandra. Enfrentando o Futuro: igualdade substantiva sob os holofotes. *In* Revista da AJURIS, v. 40, n° 130, pp. 443-484, junho 2013.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. Princípio da igualdade: fórmula vazia ou fórmula <carregada> de sentido? Boletim do Ministério da Justiça, n° 358, , pp. 19-64, julho 1986.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. Manual de Direito Constitucional. Volume II, Coimbra: Almedina, 2005.

GUIMARAENS, Francisco de. Afetos, imaginação e constituição dos direitos: uma reflexão sobre as ações afirmativas no ensino superior. *In* Direito, Estado e Sociedade, n°. 33, pp. 58-69, jul/dez 2008.

HAARSCHER, Guy. A filosofia dos direitos do homem. Instituto Piaget, 1993.

HELLMAN, Deborah. When is discrimination wrong? Harvard University Press. Inglaterra, 2011.

HENRIQUES, José. O princípio da igualdade de tratamento e a discriminação positiva, *In* Revista de Estudos Politécnicos Polytechnical Studies Review Vol III, n.os 5/6, 263-280, 2006.

HERNÁNDEZ, Tanya Katerí. Racial Subordination in Latin American. The Role of the State, Customary Law and the New Civil Rights Response, Capítulo 6, pp. 148-170, Cambridge University Press. 2012.

HOOKS, Benjamin L. AFFIRMATIVE ACTION: A NEEDED REMEDY, 21 Georgia Law Review, 1043, 1058+ (1987)

IKAWA, Daniela. Ações Afirmativas em Universidades. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

IHERING, Rudolph Von. A Luta pelo Direito. Tradução de José Tavares Bastos. 1872. Versão para e-book digitalizada a partir da edição de 1909.

JACOBS, Lesley A. Pursuing Equal Opportunities. The Theory and Practice of Egalitarian Justice, pp. 116-148, Cambridge University Press, 2003.

JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas Andrade. Limites da (Promoção da) Igualdade. *In* Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 77, pp. 207-219, Out / 2011.

KAHLENBERG, Richard D. (Editor). The Future of Affirmative Action: New Paths to Higher Education Diversity after Fisher v. University of Texas. The Century Foundation Press, New York. 2014. Edição Kindle, 6489 posições.

KAUFFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Ações afirmativas à brasileira : necessidade ou mito? uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. As Diversas Cores Do Brasil: a inconstitucionalidade de programas afirmativos em que a raça seja o único critério levado em consideração. *In* Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, vol. 4, p. 89, Ago / 2011.

KENDE, Mark S. Constitutional Right in Two Worlds. South Africa and the United States. Cambridge University Press, pp. 162-182, 2009, capítulo 6.

KENNEDY, Randall. For Discrimination. Race, affirmative action, and the law. Pantheon Books, New York. 2013, versão Kindle, 5669 posições.

LEAL, Luciana de Oliveira. O Sistema de Cotas Raciais como Ação Afirmativa no Direito Brasileiro. *In* Revista da EMERJ, v. 8, nº. 31, pp. 104-123, 2005.

LESLIE, Lisa M; MAYER, David M.; KRAVITZ, David A. The Stigma of Affirmative Action: stereotyping based theory and meta-analytic test of the consequences for performance. *In* Academy of Management Journal, nº 57, pp. 964-989, agosto de 2014.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Compatibilidade do sistema de reserva de cotas étnico-raciais nas universidades públicas com a Constituição de 1988, segundo decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na ADPF nº 186/DF. *In* A Constituição de 1988 na Visão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Secretaria de Documentação, pp. 115-148, 2013.

LOCKE, John. Second Treatise of Government. Versão Kindle, disponível na Amazon.com.br, extraída da versão física editada com a introdução de C.B. MacPherson; Hackett Publishing Company, Indianapolis e Cambridge, 1980.

MARABLE, Manning. The Promise of Brown: Desegregation, Affirmative Action and the Struggle for Racial Equality. *In* STEWART, Mac. A. The Promise of Justice. The Ohio State University Press, pp. 01-14, 2008.

MCCRUDEN, Christopher. Rethinking Positive Action. *In Industrial Law Journal*. 15 pp. 219-246, dezembro de 1986.

MCGREGOR, Marie. Affirmative Action and Non-Discrimination: South African Law Evaluated against international law. *In Law Journal of Southern Africa*, n° 39, pp. 385-404, 2006.

MCHARG, Aileen e NICHOLSON, Donald. Justifying affirmative action: perception and reality. *In Debating Affirmative Action: conceptual, contextual, and comparative perspectives*. MCHARG, Aileen e NICHOLSON, Donald. Oxford: Blackwell Publishing. pp. 01-23, 2006.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A igualdade e as ações afirmativas. *Fórum Administrativo– Direito Público–FA*, Belo Horizonte, ano 3, n. 29, jul. 2003 . Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=3701>>. Acesso em: 1 jul. 2014.

MENDES, Gilmar. *Jurisdição Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2005.

MENEZES, Paulo Lucena de. Ação afirmativa: os modelos jurídicos internacionais e a Experiência brasileira, *In Revista dos Tribunais*, v. 816, p. 39-57, Out 2003.

MIGUEL, Alfonso Ruiz. Sobre el concepto de igualdad. *In El principio constitucional de igualdad*. Org. CARBONELL, Miguel. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV (Direitos Fundamentais)*, 5ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. Igualdade e participação política da mulher. *In O Direito*, ano n° 130, I-II, Jan/Jun. 1998, pp. 31-43.

MORAES, Guilherme Peña de. Ações Afirmativas no Direito Constitucional Comparado, *In Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, pp. 298-315, 2003.

MOREIRA, Vital. A IV Revisão Constitucional e igualdade de homens e mulheres no exercício de direitos cívicos e políticos. *In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXIV, Coimbra, pp. 407-430, 1998.

MOREIRA, Vital e GOMES, Carla de Marcelino (Coord.). *Compreender os Direitos Humanos. Manual de Educação para os Direitos Humanos. Ius Gentium Conimbrigae*. Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Versão em Português da 3ª edição em Língua Inglesa: European Training and Research Centre for Human Rights and Democracy (ETC) Graz, 2012. Disponível em <<http://www.fd.uc.pt/igc/manual/pdfs/O.pdf>>. Acesso em 11.09.2014.

MOTA, Fabrício. Cotas em concurso público – Ação afirmativa ou privilégio? *In Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 156, p. 57-58, fev. 2014.

MOTA, Maurício Jorge. Da inconstitucionalidade da instituição de cotas para ingresso nas universidades do Estado do Rio de Janeiro. *In* RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil, ano 2, vol. 9, , pp. 193/212, jan/mar 2002.

MOURA, Luma Ferreira. Dimensões da igualdade: uma defesa da política de cotas raciais para o acesso a instituições públicas de ensino superior no Brasil. *In* Casos constitucionais em destaque: princípios fundamentais. Coord. PRADO, David Wilson de Abreu. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, pp. 139-178, 2013.

MULLER, Friederich. Igualdade e Normas de Igualdade *In* Revista Brasileira de Direito Constitucional, volume 1, pp. 11-21 jan/jun 2003.

NEVES, Marcelo; LOPES, Flavio Martins Jodas. As ações afirmativas e a exclusão recorrente. Notas sobre políticas de quotas para pessoas com deficiência no âmbito das organizações públicas e privadas brasileiras. Biblioteca Digital Fórum Administrativo Direito Público FA, Belo Horizonte, a n o 8 , n . 9 4 , d e z . 2 0 0 8. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55880>>. Acesso em: 1 jul. 2014

NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora. 2004.

PARRISH, Robert A. How quickly we forget: the short and undistinguished career of affirmative action. *In* South Carolina Law Review. Vol. 65, 2013, n° 02, e-book, versão Kindle.

PERELMAN, Chaim. Ética e Direito. Instituto Piaget, 2002.

PETRUCCELLI, José Luís. SABOIA, Ana Lucia. Características étnico-raciais da população. Classificação e identidades. IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em (acesso 01.07.2014): http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/caracteristicas_raciais/pcerp_classificacoes_e_identidades.pdf

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: Desafios e Perspectivas. *In* A Construção dos Novos Direitos. Org. MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Porto Alegre: Núria Fabris. Ed., pp. 136-150, 2008.

RIBEIRO. Rafael de Freitas Schultz. Estudo sobre as ações afirmativas. *In* Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, v. 18, n° 31, pp 165-190, ago. 2011.

RIGGSBY, Andrew M. Roman Law and the Legal World of the Romans. Capítulo 8 - Legal (In)equality, Cambridge University Press, pp. 77-86, 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade. Revista de Informação Legislativa, v.33, n° 131, p. 283-295, jul./set. de 1996. Disponível na biblioteca digital do senado federal:

<<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176462>> Acesso em 31.03.2013

RODRIGUES, Eder Bomfim. A teoria discursiva do direito e as ações afirmativas no Brasil: uma construção procedimental do princípio da igualdade no Estado Democrático de Direito. *In Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n° 69, vol. 17, pp. 65-85, out. 2009.

RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi e PEREIRA JÚNIOR, Altemar Constante. Implantação das cotas raciais nos concursos públicos. Um debate necessário. *In Revista de Informação Legislativa*, ano 50, número 197, , pp. 117-141, jan/mar 2013.

ROSENFELD, Michel. Affirmative action, justice, and equalities: A philosophical and constitutional appraisal, *In: Ohio State Law Journal*, v. 46, 1985.

ROUSSEAU, Jean-jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. 2ª edição, Mem-Martins: Europa-América: 1990.

RUBENFELD, Jed, Affirmative Action. *In The Yale Law Journal* n° 107, 1997, pp. 427-472. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1563. Acesso em 02.08.2014.

SANDER, Richard H. A Systemic analysis of affirmative action in american law school. *In Stanford Law Review*, vol. 57, pp. 367-483, Novembro de 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Tensões na modernidade. Texto apresentado no fórum social mundial, Porto Alegre, 2001. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/textos.htm>>, com acesso em 04.04.2013. Também disponível em <http://www.forumsocialmundial.org.br>

SANTOS, Élvio Gusmão. Igualdade e raça: o erro da política de cotas raciais. *In Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 9, n. 99, maio 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57505>>. Acesso em: 1 jul. 2014.

SANTOS, Frei David. As Cotas da Justiça e as Cotas do Brasil. *In Revista da EMERJ*, v. 12, n° 48, pp. 144-156, 2009.

SANTOS, Ivanir dos. e ROCHA, José Geraldo da. (Coord). Diversidade e Ações Afirmativas. Rio de Janeiro, 2007.

SANTOS, Sandra Gomes dos. Instituições de cotas para negros nas universidades: É necessário? É Justo? É legal? *In Doutrina ADCOAS*, n° 10, v. 6, 2003, pp. 327-332.

SEN, Amartya. A ideia de justiça. Coimbra: Almedina. 2009.

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*, n° 34, pp. 42-67, jan/jun 2009.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo, Malheiro Editores, 30ª edição, 2007.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. Sistema Constitucional das Liberdades e Igualdades. São Paulo. Editora Atlas, 2012.

SOUZA, Wilton Santos. Política de cotas para pessoas com deficiência. Mitigação ao princípio da isonomia? *In Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 48, n° 189, janeiro/março de 2011, pp. 277-302.

SOWELL, Thomas. Affirmative Action around the world. An empirical study. Yale University Press. New Haven & London. 2004.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica. *In Revista de Direito Administrativo*, n° 211, pp. 241-269, jan/mar. 1998.

TASQUETTO, Lucas da Silva. A cor das sentenças: as políticas de cotas raciais na jurisprudência brasileira. *In Revista da AJURIS*, ano XXXIV, n°. 105, pp. 327-345, março de 2007.

TAVARES, André Ramos. Jurisprudência Constitucional norte-americana sobre igualdade e ações afirmativas: análise evolutiva e crítica. *In Revista Brasileira de Direito Constitucional* n° 2, pp. 287-304, jul/dez 2003.

TERRÃO, Cláudio Couto. e CARVALHO, Rachel Campos Pereira. Reserva de vagas na administração pública para pessoas com deficiência: ação afirmativa e concurso publico. *In Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, Edição Especial, ano XXVIII. pp. 43-55, 2010.

VERDUN, Vicent. The Big Disconnect between segregation and Integration. *In STEWART, Mac. A. The Promise of Justice*. The Ohio State University Press, pp. 150-173, 2008.

WILLEMAN, Flavio de Araújo e COELHO, Bernardo Bichara. O sistema de cotas para ingresso no ensino público superior. O caso do Estado do Rio de Janeiro. *In Revista de Direito da Procuradoria Geral* n° 66. Rio de Janeiro, pp. 237-261, 2011.

YARZA, Fernando Simón. De La Igualdad Como Límite a la Igualdad como Tarea Del Estado. *In Revista Española de Derecho Constitucional*, 2013.