



DISCUTINDO A POLÍTICA DE AÇÕES AFIRMATIVAS

Gabriela Felden Scheuermann¹

RESUMO

Este trabalho versa acerca das políticas de ações afirmativas enquanto meio de se promover e concretizar a igualdade das parcelas vulneráveis e excluídas da sociedade. Busca-se analisar a terminologia ação afirmativa, originária dos Estados Unidos, e os seus principais fundamentos em busca da promoção da igualdade. O estudo traz aspectos históricos quanto ao surgimento das ações afirmativas, bem como a conceitua nos dias atuais, tecendo um breve estudo no cenário norte-americano e no cenário brasileiro, expõe os elementos caracterizadores que a tornam constitucionais perante nosso ordenamento jurídico, e, por último, analisa a Justiça Compensatória e a Justiça Distributiva, as quais buscam justificar a adoção da política de ações afirmativas como um mecanismo de promoção da igualdade. Quanto à metodologia, utilizou-se a pesquisa qualitativa e bibliográfica, englobando como fonte a doutrina e artigos. Concluiu-se que a adoção de ações afirmativas por parte do Estado é de suma importância para corrigir as desigualdades sociais que assolam o país, haja vista que objetivam concretizar o primado da igualdade e promover a inclusão dos grupos desfavorecidos.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Afirmativa. Discriminação. Justiça. Princípio da Igualdade.

ABSTRACT

This work describes about the policies of affirmative actions as a means of promoting and achieving equality of land parcels vulnerable and excluded from society. Search-if you analyze the terminology of affirmative action originally from the United States and it's main foundations in search of the promotion of equality. The study brings historical aspects concerning the emergence of affirmative actions as well as conceptualized in the present day weaving a brief study in the scenario north-american and in the Brazilian scenario, exposes the elements of the characteristic that make it constitutional before our legal system, and final, analyzes the Justice Compensatory Justice and Distributive Justice, which seek justify the adoption of a policy of affirmative action as a mechanism for the promotion of equality. As regards the methodology, we used the qualitative research and literature covering how to source the doctrine and articles. It was concluded that the adoption of affirmative action is important to fix the social inequalities that plague the country, there is a view that aims to achieve the primacy of the equality and promote the inclusion of disadvantaged groups.

¹ Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo/RS – CNEC/IESA. Pós-graduanda em Sociologia pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Mestranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI, *campus* Santo Ângelo, RS. E-mail: gabi_felden@hotmail.com



KEYWORDS: Affirmative Actions. Discrimination. Justice. Principle of Equality.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A sociedade contemporânea e complexa da qual fazemos parte vem modificando a sua postura em relação as políticas de inclusão social. O Estado não pode mais pautar seu discurso unicamente na igualdade jurídico-formal, tal como ocorria no Estado Liberal, mas sim adotar um agir ativo que erradique as desigualdades sociais, ou seja, deve aderir a um discurso de cunho substancial – igualdade material – lançando mão de políticas efetivas de inclusão social, tais como as ações afirmativas.

Frente a um quadro de desigualdade instalado após a Revolução Francesa e intensificada com o advento da Revolução Industrial, foi necessário o abandono do ideal liberalista igualitário e a adoção de uma nova postura frente a sociedade desamparada e marginalizada. Assim, os países passaram a promover políticas compensatórias, com o objetivo de garantir o efetivo gozo de direitos dos grupos social e economicamente excluídos, leia-se, ações afirmativas.

Dessa forma, o objetivo central do presente estudo é estruturar e definir as ações afirmativas, por meio de um panorama histórico e atual, analisando os elementos que a tornam constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os fundamentos de sua adoção enquanto mecanismo de promoção da igualdade.

Nesse sentido, o trabalho será desenvolvido e estruturado em três tópicos: inicialmente, trará os aspectos históricos e o surgimento das ações afirmativas no cenário norte-americano, apontando as principais medidas trazidas pelos Estados Unidos com o viés de promover a inclusão social. Após, será apresentado os aspectos conceituais à luz brasileira, isto é, a ressignificação que foi dada as ações afirmativas no Brasil, bem como apresentar os elementos caracterizadores que a tornam possíveis dentro do ordenamento jurídico pátrio. Por fim, será exposto os fundamentos das ações afirmativas enquanto medidas válidas para a promoção da igualdade, quais sejam, justiça compensatória e justiça distributiva.

Quanto à metodologia, será utilizada a pesquisa bibliográfica, possuindo como principal fonte a doutrina, jurisprudência, teses e artigos, por meio dos quais se buscará comprovar o objetivo final do trabalho.



ASPECTOS HISTÓRICOS E SURGIMENTO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO CENÁRIO NORTE-AMERICANO

As ações afirmativas são consideradas como uma faceta do princípio constitucional da igualdade, à medida em que atribui um tratamento desigual em face das minorias sociais, com vistas a promover uma igualdade de oportunidades. Entretanto, embora seja uma importante conquista do direito contemporâneo, é um tema extremamente polêmico, haja vista que deve estar em consonância com o princípio isonômico, pois, caso contrário, configurar-se-á uma discriminação (FERREIRA FILHO, 2003, p. 72).

Em face à discriminação, salienta-se que no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, existem duas estratégias para enfrenta-la, a saber, repressiva punitiva, que tem por objetivo punir, proibir e eliminar a discriminação e a promocional, que visa promover, fomentar e avançar a igualdade. É com base na vertente promocional, a qual não apenas proíbe a discriminação, mas também impulsiona estratégias capazes de estimular a inserção de grupos vulneráveis, que se vislumbram as políticas que ações afirmativas (PIOVESAN, Flávia, 2005, p. 48).

Com relação a esse ponto, a terminologia ação afirmativa (*affirmative action*), em que pese ter surgido pela primeira vez na África do Sul, ganhou destaque nos Estados Unidos. Assim, no contexto americano, as ações afirmativas apareceram primeiramente na *Executive Order* nº 10.925, de iniciativa do Presidente John F. Kennedy, a qual buscava combater a discriminação e ampliar maiores oportunidades no mercado de trabalho (JENSEN, 2010, p. 157). Com efeito, foi criada a Comissão para a Igualdade de Oportunidades de Emprego – *Equal Employment Opportunity Commission* – com o objetivo de “identificar as políticas segregacionistas governamentais”, implementando uma política neutra, “que deixasse de considerar a raça como fator de segregação” (KAUFMANN, 2007, p. 169).

Assim, John Kennedy iniciou um movimento, o qual mostrava-se contrário à discriminação dos negros. A utilização de programas para “proibir a discriminação contra os negros na sociedade decorreu da necessidade de demonstrar que o novo governo não mais se compactuava com a sangrenta política de segregação”. À época, a política de ação afirmativa tinha como finalidade tão-somente a de



combater a discriminação, ou seja, possuía uma definição mais restrita a utilizada nos dias atuais (KAUFMANN, 2007, p. 170).

Após o assassinato de Kennedy, o seu sucessor Lyndon B. Johnson deu continuidade à política de combate à discriminação dos negros, que ganhou mais fôlego, uma vez que passou a questionar “se a livre competição entre todos os membros da sociedade realmente permitia a existência de uma sociedade mais equânime e justa” (JENSEN, 2010, p. 158). A partir de então, presidente promulgou a Lei dos Direitos Civis de 1964 – *Civil Right Act* – que “proibiu formalmente a segregação em diversas áreas sociais, incluindo acomodações públicas, escolas, programas de governo e emprego”. Ademais, houve também no mesmo período a Lei sobre os direitos de voto – *Votting Rights Act* – que garantiu aos negros o direito de votar e de ser votado (KAUFMANN, 2007, p. 170).

Posteriormente, foi editada uma nova *Executive Order* nº 11.246, a qual exigia que os “contratantes com o governo federal não apenas banissem as práticas discriminatórias, mas que estabelecessem medidas efetivas em relação aos membros de minorias étnicas e raciais” (JENSEN, 2010, p. 158), isto é, “o Executivo estadunidense deveria condicionar a celebração de qualquer contrato com particulares ao cumprimento de práticas não-discriminatórias” (KAUFMANN, 2007, p. 171). Importante ressaltar que a *Executive Order* nº 11.246 foi de grande relevância, haja vista ter sido a partir dela que “se ampliaram programas destinados ao combate das desigualdades sociais através de condutas positivas”, passando a serem consideradas como políticas governamentais (JENSEN, 2010, p. 158).

Destaca-se o discurso proferido pelo presidente Lyndon Johnson aos formandos de Howard University, cujo objetivo era o combate das discriminações provocadas pelo sistema segregacionista:

Você não pode pegar uma pessoa que durante anos esteve acorrentada e libertá-la, trazendo-a para a linha de partida de uma corrida e dizer “você está livre para competir com todos os outros” e ainda acreditar que sua atitude é completamente justa. Desse modo, **não é suficiente apenas abrir os portões da oportunidade. Todos os nossos cidadãos precisam ter a capacidade de atravessar os portões** (JENSEN, 2010, p.) [grifou-se].

Entretanto, as políticas impostas por Kennedy e Johnson não foram “suficientes para melhorar as condições vividas pelos negros”, pois as desvantagens “não foram heranças apenas da escravidão, mas, sobretudo, consequências do



racismo institucionalizado, proporcionado pela atuação conjunta da sociedade e dos poderes do governo”. Desse modo, as políticas de combate à discriminação e à pobreza dos negros não alcançaram resultados significativos (KAUFMANN, 2007, p. 176).

Em decorrência da adoção dessas políticas, vários movimentos contrários começaram a tomar conta dos Estados Unidos, vez que “a miscigenação entre negros e brancos permanecia sendo uma coisa inaceitável na sociedade” (KAUFMANN, 2007, p. 172). Dentre eles, destaca-se: em 1963, a explosão de uma bomba em uma Igreja Batista matou quatro crianças negras em 1963, o assassinato do líder negro Medgar Evers pelo racista branco Byron Beckwith, “o qual, levado a júri, por duas vezes conseguiu ser absolvido por um corpo de jurados predominantemente composto por pessoas brancas” e também a prisão de James Farmer, Diretor Nacional do Congresso Nacional de Igualdade Racial, juntamente com outras 293 pessoas, em 1964, “por haver organizado passeata pacífica no intuito de sensibilizar a opinião pública para a causa negra” (KAUFMANN, 2007, p. 172).

À vista disso, com a posterior presidência de Richard Nixon, no final da década de 1960, as ações afirmativas iniciaram uma nova fase, a fim de tentar diminuir os “crescentes e sangrentos conflitos que varriam os Estados Unidos”. Assim, além de apenas proibir a discriminação, se adotou “medidas positivas inclusivas dos negros em diversas áreas da sociedade, a fim de salvaguardar o país de uma possível segunda guerra civil norte-americana” (JENSEN, 2010, p. 160).

De acordo com Rocha, a expressão *ação afirmativa* passou a significar a “exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, ou seja, juridicamente desiguais, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados” para que se conseguisse atingir o princípio da igualdade, positivado constitucionalmente (1996, p. 285).

Em 1978, houve o grande marco na história judicial das ações afirmativas, em que a Suprema Corte julgou o conhecido caso ***Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265***, o qual “teve uma influência fundamental [...] ao definir diretrizes e paradigmas que foram seguidos por toda a sociedade” (MENEZES, 2001, p. 33)

ASPECTOS CONCEITUAIS E ELEMENTOS CARACTERIZADORES



Observa-se que, inicialmente, o programa de ação afirmativa visava tão-somente a proibição de práticas discriminatórias, não englobando medidas de inclusão. Isso deve-se ao fato que, à época, o programa era apenas uma “política institucionalizada de combate à discriminação”, onde se acreditava que o “simples fato de o governo deixar de apoiar a discriminação já sinalizava vultosos ganhos para a comunidade negra” (KAUFMANN, 2007).

É nesse aspecto que Gomes a denomina, primeiramente, como um “mero encorajamento por parte do Estado”, no qual, em temas como o acesso à educação e ao mercado de trabalho, as pessoas levassem em conta fatores como a raça, a cor e o sexo. Esse “encorajamento”, para o referido autor, tinha como finalidade a concretização do “ideal que tanto as escolas quanto as empresas refletissem em sua composição a representação de cada grupo na sociedade ou no respectivo mercado de trabalho” (2001, p. 134).

Devido à constatação da ineficácia quanto aos procedimentos adotados de combate à discriminação, ocorreu a alteração conceitual da política de ação afirmativa, que, nas palavras de Gomes, passou a ser mais “ousada”, a medida em que propunha à “realização da igualdade de oportunidades por meio da imposição de cotas rígidas de acesso de representantes de minorias a determinados setores do mercado de trabalho e as instituições educacionais” (2001, p. 134).

Com o surgimento do Estado social, passou-se a se adotar um agir ativo, ou seja, foram implementados programas e metas de cunho intervencionista², os quais objetivavam maiores oportunidades em face dos desfavorecidos. Em razão disso, o Estado passou a adotar políticas de inclusão [ação afirmativa] com vistas a erradicar as desigualdades e promover a justiça social (ROCHA, 1996).

Desse modo as ações afirmativas são entendidas como

Um conjunto de políticas públicas e privadas 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**

² Cita-se como exemplo o artigo 3º da Constituição Federal de 1988: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I) construir uma sociedade livre, justa e solidária; II) garantir o desenvolvimento nacional; III) *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*; IV) promover o bem de todos, *sem preconceitos* de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (grifou-se).



efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego (GOMES, 2001, p. 135) [grifou-se].

Nesse viés, as ações afirmativas,

[...] além de implementarem a igualdade material, **têm a função de mudar a concepção ideológica discriminativa, disseminada e enraizada no mundo todo, por muitos e muitos anos.** Essas discriminações foram causando, no decorrer dos tempos, efeitos no mundo jurídico, provocando a formação de minorias jurídicas e, conseqüentemente, a exclusão desses grupos. **Para resgatar essas pessoas, que vivem à margem da sociedade, as ações afirmativas mostram-se eficientes** (CECCHIN, 2006, p. 332) [grifou-se].

Nesse sentido, “ao invés de conceber políticas públicas de que todos seriam beneficiários”, o Estado passou a levar em conta os fatores de sexo, raça e cor na implementação de suas decisões, buscando evitar que a “discriminação finde a perpetuar as iniquidades sociais (GOMES, 2001, p. 134). Á vista disso, é correto afirmar que a mudança quanto ao conceito do princípio da igualdade trouxe consigo a implementação das políticas de ações afirmativas, as quais determinaram a adoção de planos e programas, em que as minorias³ passaram a ter percentuais de oportunidades, de empregos, de cargos e de espaços sociais (ROCHA, 1996, p. 285).

Outrossim, aduz Rocha que

Não se quer ver produzidas novas discriminações com a ação afirmativa, agora em desfavor das maiorias que, sem serem marginalizadas historicamente, perdem espaços que antes detinham face aos membros dos grupos afirmados pelo princípio igualador do Direito. Para evitar que o extremo oposto de sobreviesse é que os planos e programas de ação afirmativa adotados nos Estados Unidos e em outros Estados primaram sempre pela fixação de percentuais mínimos garantidores da presença das minorias [...] **os planos e programas de ação afirmativa deixam sempre à disputa livre da maioria a maior parcela de vagas em escolas, em empregos, em locais de lazer, etc., como forma de garantia democrática** (1996, p. 285) [grifo nosso].

Nesse diapasão, com uma abrangência bem mais ampla que a inicial, o termo ação afirmava é compreendido como “toda distinção instaurada com vistas a minimizar ou eliminar uma situação de vulnerabilidade decorrente de um quadro de

³O termo “minorias sociais” não diz respeito ao sentido quantitativo, mas sim de “qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos”. Destaca a autora que “uma minoria pode bem compreender um contingente que supera em número (mas não na prática, no respeito, etc.) o que é tido por maioria”. (ROCHA, 1996, p. 285).



desigualdade”, de modo que implique um favorecimento (tratamento seletivo ou diferenciado) aos atingidos pela situação desfavorável (JENSEN, 2010, p. 137). Com efeito, visa cessar com os “desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que eles sejam neutralizados”, o que somente é possível por intermédio de programas em favor das minorias sociais (MENEZES, 2001, p. 27).

Em outras palavras, Kaufmann destaca que essas políticas são “um instrumento temporário [...] por meio do qual se visa a integrar certo grupo de pessoas à sociedade, objetivando aumentar a participação desses indivíduos em determinadas esferas”, a exemplo, cita-se o uso de programas para ingresso de negros no ensino superior. Busca-se, com isso, “promover o desenvolvimento de uma sociedade plural, diversificada, consciente, tolerante às diferenças e democrática” (2007, p. 220).

Em síntese, é correto afirmar que as ações afirmativas, de um lado, “simbolizam o reconhecimento da persistência e da perenidade das práticas discriminatórias” e, por outro, tem como meta “atingir objetivos de natureza cultural, voltadas à implementação do pluralismo e da diversidade (GOMES, 2004, p. 96). Assim, elas almejam a implementação “de uma certa diversidade e de uma maior representatividade dos grupos minoritários nos mais diversos domínios de atividade pública e privada” (GOMES, 2004, p. 97).

Contudo, quando as ações afirmativas são analisadas sob o ângulo constitucional, elas se tornam extremamente polêmicas, principalmente porque o programa estabelece um tratamento desigual àqueles pertencentes aos grupos minoritários. Por esse motivo, não é autorizado todo e qualquer programa com vistas a minimizar as desigualdades, vez que, primeiramente, o tratamento diverso não deve afrontar o princípio constitucional da igualdade

Dessa forma, além de respeitar o princípio isonômico⁴, a política de ações afirmativas também deve estar em conformidade com alguns elementos caracterizadores, sem os quais sua aplicação estará fulminada pela inconstitucionalidade. Ferreira Filho os determina como regras que devem ser observadas quando da utilização ao caso concreto, a saber, regra da objetividade,

⁴ Seguindo a obra *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade* de Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio isonômico será respeitado e, portanto, não ofenderá a Constituição Federal se atender os critérios de a) elemento como fator de discriminação; b) correlação lógica entre o fator e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico; e c) conformidade da correlação lógica com o sistema constitucional.



regra da medida, regra da adequação, regra da finalidade e regra da temporariedade (2003, p. 75-76).

Em relação a regra da objetividade, o grupo que está em situação de vulnerabilidade deve ser objetivamente identificado, não podendo ser arbitrariamente definido (FERREIRA FILHO, 2003, p.76). Desse modo, a lei deve ser específica, “estabelecendo claramente aquelas situações ou indivíduos que serão beneficiados com a diferenciação” (GOMES, 2001, p. 146). Além disso, a regra da objetividade vincula-se ao critério “fator de discriminação”, visto no princípio da igualdade, uma vez que “a lei não pode erigir um traço tão específico que singularize no presente e definitivamente, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar” (MELLO, 2014, p. 23), nem “discriminar pessoas, situações ou coisas [...] mediante traço diferencial que não esteja nelas mesmas residentes” (MELLO, 2014, p. 29).

Com efeito, “a lei pode atingir uma categoria de pessoas ou então voltar-se para um só indivíduo se, em tal caso, visar um sujeito indeterminado” (MELLO, 2014, p. 25). Ademais, é preciso demonstrar que a discriminação atua “impedindo ou dificultando o acesso das minorias a determinadas esferas sociais”, à medida que, se nada fosse feito, “não haveria qualquer tipo de mudança social relevante” (KAUFMANN, 2007, p. 221).

Quanto a regra da medida ou também chamada de regra da proporcionalidade, a justificação das ações afirmativas “deve ter um conteúdo baseado na razoabilidade, ou seja, num fundamento razoável para a diferenciação” (GOMES, 2001, p. 146). Nesse viés, deve-se analisar se, em cada caso concreto, “a proporcionalidade foi observada, sob pena de uma verdadeira discriminação odiosa albergada sob o manto de ação afirmativa”. Essa regra está interligada à próxima, qual seja, Regra da Adequação, que também remete a ideia de razoabilidade. Segundo essa regra, “as normas de vantajamento devem ser adequadas à correção de desigualamento a corrigir” (FERREIRA FILHO, 2003, p. 76).

No que diz respeito da Regra da Finalidade, é necessária uma justificativa para o tratamento diverso “cuja natureza permita fazer vislumbrar que a política em questão persegue uma finalidade legítima, qual seja, a minimização ou superação de uma situação de vulnerabilidade” (JENSEN, 2010, p. 140). Por meio da adoção das ações afirmativas, objetiva-se a promoção da “participação dos grupos discriminados em áreas que dificilmente conseguiriam ter acesso” (KAUFMANN, 2007, p. 221). Outrossim, importante ressaltar que, conforme Barbosa, a justificação



de um critério diferencial “seria uma condição *sine qua non* para a constitucionalidade da diferenciação, a fim de evitar a arbitrariedade” (2001, p. 146).

Por fim, no tocante a Regra da Temporariedade, a política de ações afirmativas não deve visar a criação de um *status* jurídico permanente, razão pela qual deve ter um prazo de duração determinado. (FERREIRA FILHO, 2003, p. 76). Desse modo, haja vista ser uma medida corretiva, “tais políticas somente devem persistir enquanto as distorções sociais que são combatidas não tiverem sido aniquiladas ou reduzidas satisfatoriamente” (MENEZES, 2001, p. 36). Por conseguinte, “superado o quadro de desigualdade ou discriminação que as legitima, impõe-se a sua extirpação” (JENSEN, 2010, p. 143).

Nesse sentido, a adoção de ações afirmativas deve ser extinta, ‘sob pena de maltratarem a necessidade de um tratamento equânime entre as pessoas, por estabelecerem distinções não mais devidas” (KAUFMANN, 2007, p. 221). Destaca-se que a utilização de forma ilimitada restaria delimitada pelo princípio da proibição do excesso (KAUFMANN, 2007, p. 221), ou seja, “se passado o tempo razoável, elas não atingirem o objetivo colimado, certamente são inadequadas”, violando, conseqüentemente, a razoabilidade” (FERREIRA FILHO, 2003, p. 76).

Vislumbra-se, dessa forma, que as ações afirmativas se fundamentam por “força de situações peculiares de vulnerabilidade” ocasionadas por situações de desigualdades ou discriminação que, tendo sido superadas, “deixa de existir uma razão do *discrîmen*, falando a justificção da medida”, o que leva a uma conversão da discriminação positiva em discriminação odiosa, “violadora da cláusula de tratamento isonômico” (JENSEN, 2010, p. 143).

Dito isso, é necessário ainda que tais políticas sejam justificadas ante a sociedade as quais serão aplicadas. No tema proposto, as justificativas se baseiam primordialmente em duas, a saber: justiça compensatória e justiça distributivas, as quais serão objeto de estudo a seguir.

FUNDAMENTOS: JUSTIÇA COMPENSATÓRIA E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

Toda vez que houver a instauração de uma política pública, a mesma deve ser justificada frente à sociedade na qual é aplicada (FERES JR., 2006). À vista disso, é necessário expor os principais argumentos que justificam a adoção das



políticas de ações afirmativas, a saber, Justiça Compensatória e Justiça Distributiva (KAUFMANN, 2007, p. 221).

No tocante à Justiça Compensatória, defende-se a reparação pelas discriminações passadas, ou seja, a “retificação de injustiças ou de falhas cometidas contra os indivíduos no passado, ora por particulares, ora pelo governo” (KAUFMANN, 2007, p. 222). Esse argumento fundamenta-se na premissa de que, “quando uma parte lesiona a outra, tem o dever de reparar o dano, retornando a vítima à situação que se encontrava antes de sofrer a lesão” (GREENE *apud* KAUFMANN, 2007, p. 222).

É um argumento de grande apelo moral que justifica medidas compensatórias aos afrodescendentes que foram trazidos à força e escravizados no Brasil. Segundo Feres Júnior, há um consenso sobre a existência de desigualdade e discriminação racial em nosso país e que essa realidade se perpetua desde os tempos da colônia, e que, portanto, “algo deve ser feito para remediar esse problema.

Assim, a finalidade das políticas de ações afirmativas para os afrodescendentes “seria o de promover o resgate da dívida histórica, e que tal dívida teria sido o período de escravidão a que foram submetidos os negros” (KAUFMANN, 2007, p. 222). Entretanto, para que a Justiça Compensatória não se transforme em uma discriminação reversa contra aqueles não acobertados pela política de favorecimento “é imprescindível, de um lado, que somente os responsáveis pelos atos discriminatórios sejam penalizados e, de outro, que apenas as vítimas reais sejam de alguma forma ressarcidas” (MENEZES, 2001, p. 35).

Se assim não fosse, as ações afirmativas seriam injustas, uma vez que “não reparariam atos específicos de discriminação, mas beneficiariam certos grupos que não são necessariamente compostos pelas vítimas desses atos discriminatórios” (MENEZES, 2001, p. 35).

Nessa senda, aduz Sandel:

De acordo com esse argumento, **alunos pertencentes às minorias devem ter preferência para compensar o histórico de discriminação que os coloca em posição de inferioridade.** Esse argumento trata a admissão nas escolas e nos postos de trabalho essencialmente como **um benefício para quem o recebe e procura distribuí-lo de forma a compensar as injustiças passadas e suas consequências que ainda persistem** (2012, p. 212) [grifo nosso].

Contudo, ressalta que,



[...]o argumento compensatório dá margem a uma grande contestação: os críticos alegam que os beneficiários não são necessariamente aqueles que sofreram, e os que acabam pagando pela compensação raramente são os responsáveis pelos erros que estão sendo corrigidos (SANDEL, 2012, p. 212).

Em razão disso, é possível notar que o argumento da reparação ou Justiça Compensatória esbarra em alguns problemas, principalmente porque “se por um lado ele sugere um direito especial, por outro esse direito se torna cada vez mais difuso, à medida que os crimes do passado se distanciam no tempo” (FERES JR, 2006, p. 56).

Na visão de Feres Júnior, outro problema quanto à justiça compensatória está na identificação do recipiente de direitos, vez que há “dificuldades de se estabelecer um critério que defina exatamente quem são os afrodescendentes” (2006, p. 57). Segundo o autor, com base em dados da Pesquisa Mensal de Emprego do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (1998), apenas 2,1% dos representantes optou por identificar sua origem como africana. Se unir este percentual com aqueles que se declararam de origem “negra” (5,1%), o número alcança 7,2%. (FERES JR, 2006, p. 57).

Diante da dificuldade de saber quem é ou não descendente de escravos, muitos defensores das ações afirmativas criticam a justificativa compensatória, afirmando que “políticas indenizatórias para reparar a dívida histórica da sociedade [...] não seriam legítimas”, uma vez que apenas aqueles que foram lesionados poderiam exigir a reparação contra quem ocasionou o prejuízo (KAUFMANN, 2007, p. 223). Inclusive, o fundamento das ações afirmativas baseada na Justiça Compensatória é utilizada com maior frequência por aqueles que são contra a ação dessas políticas (MENEZES, 2001, p. 35).

No tocante à Justiça Distributiva, defende-se a “distribuição de direitos, benefícios e obrigações entre os membros da sociedade”, a fim de buscar a promoção da igualdade de oportunidades a membros pertencentes as minorias sociais (JENSEN, 2010, p. 56). Nesse contexto, destaca-se o filósofo norte-americano John Rawls, o qual, em sua obra *Teoria da Justiça*, elenca os princípios que devem ser seguidos para se alcançar uma sociedade justa e igualitária. Segundo Rawls, o primeiro princípio refere-se à maior liberdade igual entre todos os sujeitos, enquanto que o segundo subdivide-se em (justa) igualdade de



oportunidades e princípio da diferença (1997, p. 133), onde é possível observar o ideal da justiça distributiva, conforme se verá a seguir.

Ao contrário da Justiça Compensatória, que está voltada para as discriminações ocorridas no passado, a Justiça Distributiva está focada no presente, e se aplica àqueles membros de parcelas desfavorecidas (JENSEN, 2010, p. 57). Noutros dizeres, segundo este fundamento, “supõe-se que todos são iguais ao nascer, não se cogitando erros do passado”, dessa forma, “as riquezas materiais e imateriais não podem ser distribuídas por critérios discriminatórios (CECCHIN, 2006, p. 338).

Á vista disso, salienta Rawls que embora a distribuição de riqueza e renda não precise ser igual, “ela deve ser vantajosa para todos e, ao mesmo tempo, as posições de autoridade e responsabilidade devem ser acessíveis a todos” (RAWLS, 1997, p. 65). Com efeito, as desigualdades são consideradas justas e equitativas, quando “promoverem benefícios para todos, em particular para os menos privilegiados”, como é o caso da utilização das ações afirmativas. Por conseguinte, “a distribuição desses bens sociais não precisa ser igual, visto não se tratar de um igualitarismo social” (OLIVEIRA, 2003, p. 20).

Nesse viés, imperioso lembrar que para Rawls, as desigualdades advindas do nascimento ou os talentos natos são aleatórias e, em razão disso, desvinculados do mérito moral. A título de exemplo, o filósofo cita a aristocracia feudal, cuja distribuição de renda, de riqueza e de oportunidades estava diretamente relacionada ao nascimento. Desse modo, as condições de nascimento independem do sujeito, decorrendo, quer dizer, de um fator absolutamente aleatório e, por isso, imerecido (SANDEL, 2012).

Por essa razão, com o objetivo de tratar as pessoas de modo igualitário, além de proporcionar uma igualdade de oportunidades, a sociedade deve dar mais atenção àqueles com menos dotes inatos e aos oriundos de posições sociais menos favoráveis (RAWLS, 1997, p. 107). Outrossim, esclarece Sandel (2012) que se tudo o que temos é considerado igualdade formal, como por exemplo, empregos abertos a todos os indivíduos, o resultado não será justo, haja vista que será tendencioso em favor daqueles que, por acaso, nasceram em famílias ricas e que possuem benefício de melhores oportunidades educacionais. E, o acaso do nascimento não é uma base justa para a distribuição de chances de vida.

De acordo com Kaufmann:



Se antes as políticas desenvolvidas pelo governo ou pelas empresas eram aplicadas de forma neutra, sem levar em consideração fatores como sexo, raça, etnia, deficiências de toda ordem ou classe social, a **adoção das ações afirmativas pela teoria redistributiva procura minimizar a exclusão na sociedade de tais grupos minoritários, tendo em vista a necessidade de promover a concretização do princípio da igualdade** (2007, p. 225) [grifo nosso].

Qual seja a justificativa a ser adotada no caso de ações afirmativas [compensatória ou distributiva], o fato é que ambas buscam promover a igualdade material e a igualdade de oportunidades. Sejam injustiças do passado, sejam injustiças do presente, “o importante é coibir toda e qualquer forma de discriminação, elevando todos os povos e raças ao mesmo patamar civilizatório, com oportunidades e vantagens igualmente concedidas” (CECCHIN, 2006, p. 339).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante esta pesquisa, procurou-se demonstrar alguns aspectos importantes das ações afirmativas e de como o seu estudo se faz relevante em uma sociedade complexa e com elevados índices de desigualdade social. Diante disso, tendo em vista que o princípio da igualdade, especialmente na concepção material, prescreve que àqueles que se encontrem em situação de exclusão social [vulnerabilidade] devem ter um tratamento diferenciado, tem-se as políticas de ações afirmativas.

À vista disso, viu-se que as ações afirmativas constituem políticas públicas de combate à discriminação, com o objetivo de concretizar a igualdade de oportunidades e, além disso, diminuir os quadros de vulnerabilidade, sejam eles pautados em situações de discriminação passadas ou presentes, sejam de quadros de desigualdades sociais.

Averiguou-se, num primeiro momento, as ações afirmativas no contexto norte-americano, destacando os principais dispositivos legais que possibilitaram o tratamento diferenciado de grupos marginalizados. Dentre eles, destacaram-se a *Executive Order* nº 10.925 e de nº 11.246. Outrossim, fez-se menção ao caso *Regents of the University of California v. Bakke*, cuja decisão marcou o início do debate a respeito dos caminhos e limites das ações afirmativas e teve influência em diversos países, inclusive no Brasil.



Na sequência, apontou-se os aspectos conceituais e terminológicos das ações afirmativas adotados no contexto brasileiro e verificou-se que tais medidas buscam a realização da igualdade de oportunidades por meio da imposição de cotas rígidas de acesso de representantes de minorias a determinados setores do mercado de trabalho e as instituições educacionais. Além disso, destacou-se os elementos caracterizadores que a tornam constitucionais, quais sejam, regra da objetividade, regra da medida, regra da adequação, regra da finalidade e regra da temporariedade.

Por fim, destacou-se os principais argumentos que justificam a adoção de ações afirmativas como medidas de concretização do princípio da igualdade, sendo elas a Justiça Compensatória, voltada a remediar o passado trágico no qual segmentos da sociedade foram submetidos (mulheres e negros, por exemplo) e Justiça Distributiva, voltadas para o presente, com vistas a uma re-distribuição de bens e de riquezas, bem como garantir maiores oportunidades.

Portanto, vê-se que as ações afirmativas desempenham um papel fundamental, vez que tem objetivo de combater as desigualdades, mediante à valorização social, econômica, política e cultural dos grupos historicamente marginalizados. Logo, as ações afirmativas enquanto um instrumento jurídico em busca da efetivação da igualdade, é, sem dúvida o mais ousado contra as desigualdades, exercendo um papel de suma importância no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

CECCHIN, Airton José. **Ações Afirmativas**: inclusão social das minorias. Revista Ciência Jurídica e Sociais da Unipar, v.9, n.2, jul/dez, 2006. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/juridica/article/view/256>>.

FERES JR., João. Aspectos normativos e legais das políticas de ação afirmativa. In: FERES JR., João; ZONINSEIN, Jonas. **Ação Afirmativa e Universidade**: experiências nacionais comparadas. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos Jurídicos das Ações Afirmativas**. Revista TST, vol. 69, nº 2. Brasília, jul/dez 2003.

GOMES, Joaquim Barbosa. **A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, v. 38, n. 151,



p. 129152, jul/set. 2001. Disponível em: <<http://adami.adv.br/artigos/19.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2016.

_____. **As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva.** Seminário Internacional – As minorias e do direito, 2004. Disponível em <sites.multiweb.ufsm.br/afirme/docs/Artigos/var02.pdf>. Acesso em: 22 set. 2016.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações Afirmativas à brasileira: necessidade ou mito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A Ação Afirmativa (*affirmative action*) no Direito Norte-Americano.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Ações Afirmativas da perspectiva dos Direitos Humanos.** Cadernos de Pesquisa, v. 35, n.124, p. 43-55, jan/abr., 2005. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>. Acesso em: 10 set. 2015.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça:** tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SANDEL, Michael J. **Justiça – o que é fazer a coisa certa:** tradução Heloísa Macias e Maria Alice Máximo. 6.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.