



AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL: UM INTROITO ÀS NOÇÕES CONCEITUAIS E JURÍDICAS DO TEMA

Ramon Matheus Rockenbach¹
Caroline Rockenbach²

RESUMO: Ao longo do desenvolvimento da sociedade observamos que uma parte dela não encontra-se minimamente representada, portanto em situação de marginalidade. Podemos destacar, a discriminação de gênero, de raça/etnia e condição física. Como forma de minimizar os efeitos negativos da discriminação e colocar essa parcela da população em situação de equidade, o Estado vem se organizando, na forma de ações afirmativas. O presente trabalho tem por objetivo, analisar as ações afirmativas sob a ótica de sua história, legalidade e finalidade, na busca de uma sociedade menos desigual. A metodologia usada foi a bibliográfica, com busca em artigos de publicação periódicas e livros de doutrina. Observa-se que as propostas de ações afirmativas são constitucionais, pois se nos atermos a sua real finalidade perceberemos que pelo contrário, a ausência de ações governamentais nesse sentido, pode acarretar inconstitucionalidade por omissão já que a Constituição Federal tem como escopo evitar a marginalização das minorias, sinalizando que é dever do Estado promover a igualdade mesmo que às vezes, as custa de desigualdades. A medida terá espaço até corrigir a desigualdade, devendo ser cessada ou transformada quando houver mudança nos fatos, suficientes a justificar sua exclusão ou transformação. Esse benefício concedido às minorias requer a diminuição da participação dos grupos majoritários, causando conflitos, que são facilmente dirimidos usando o princípio da proporcionalidade sob a ótica do caso concreto. Como se pode observar no Brasil e nos outros países as ações afirmativas vêm surtindo efeito positivo, conseguindo alterar a desigualdade das sociedade em que é implantada, contudo é necessário estabelecer metas oriundas da sociedade para que se consiga atingir aos objetivos desejados.

Palavras-chave: discriminação, igualdade, minorias, políticas públicas.

¹ Bacharelado em Direito - UNIVATES - ramonmatheusrockenbach@gmail.com

² Bacharela em Direito - UNIVATES - carockenbach@hotmail.com

ABSTRACT: Throughout the society's development observed that a part of it is not minimally represented, having marginality situation. We can highlight discrimination of gender, race/ethnicity, and physical condition. In order to minimize the negative effects of discrimination and put this portion of the population in equity situation, the State has developed the so-called affirmative action. This study has the aims to analyze the affirmative action from the perspective of the history, legality, and purpose, in pursuit of a less unequal society. The methodology used was through a review in literature, with search in periodic publication of articles and teaching books. It is observed that the proposals for affirmative action is constitutional because if we analyze their real purpose we realize that on the contrary, the absence of government action in this sense, can cause unconstitutionality by omission inasmuch as the Federal Constitution is scoped to avoid marginalization of minorities, signaling that it is the State's duty to promote equality, even if sometimes, the cost of inequalities. Affirmative action will be in action until correct the inequality should be stopped or changed when changing the facts, sufficient to justify their exclusion or transformation. This benefit granted to minorities requires the reduction of the participation of majority groups, causing conflicts that are easily resolved using the principle of proportionality from the perspective of the case. As we can see in Brazil and in other countries, the affirmative action have been achieved positive effect, managing to change the inequality of the society in which it is located, however it is necessary to set goals arising from the society so that it can achieve the desired objectives.

Keywords: discrimination, equality, minorities, public policy.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Durante todo desenvolvimento da humanidade, podemos perceber a existência de grupos discriminados e marginalizados nas sociedades. Essas desigualdades prejudicam o Estado Democrático de Direito, pois ferem a representatividade da população, fazendo com que minorias estejam equidistantes da igualdade tão almejada por nossa República.

Tomando consciência destas mazelas, o legislador deve criar medidas de incentivo e favorecimento desses grupos, ao menos em um primeiro momento,

para que alcancem êxito e galguem posições igualitárias na sociedade. Uma das formas encontradas para garantir que se chegue a esse resultado é a política de ações afirmativas.

Este trabalho tem como objetivo aprofundar o conhecimento acerca das ações afirmativas, passando por sua história, conceitos, normatividade constitucional e infraconstitucional, legalidade/constitucionalidade, bem como trazer exemplos das políticas de ações afirmativas de gênero, raça/etnia e condição física vigentes no Brasil com o objetivo de se chegar a uma definição satisfatória do instituto, possibilitando uma análise contextualizada.

1. UMA BREVE ABERTURA AO TERMO: HISTÓRIA, NOÇÕES E CONCEITO

As ações afirmativas no Brasil somente tiveram um grande impulso com a promulgação da Constituição Federal de 1988. O termo ação afirmativa chega carregado de sentidos, o que reflete os embates e experiências históricas dos diversos países onde foram desenvolvidas e amoldadas à realidade e a necessidade temporal e espacial daquele país. Assim, aqui no Brasil não seria diferente, seu sentido e finalidade vem atrelados à realidade de nosso povo, nossas carências, preconceitos e com o claro objetivo de crescimento social e democrático da sociedade (MOEHLECKE, 2002).

A origem da expressão é norte-americana, e é vinculada aos decretos presidenciais de 1961 e 1965 assinados pelos então presidentes Kennedy e Johnson, e visavam promover oportunidades equânimes no campo de emprego, sem discriminação de raça, credo, cor ou nacionalidade (MENEZES, 2001).

Moehlecke (2002) mostra que nos anos 60 os Estados Unidos passavam por um período de reivindicações democráticas com foco principalmente nos direitos civis, objetivando igualdade de oportunidades para todos. Com isso, as principais leis segregacionistas começaram a ser eliminadas, e muitas lideranças negras começam a ter destaque nacional. É nesse contexto que se começa a desenvolver a ideia de ação afirmativa exigindo que o Estado garanta leis antissegregacionistas frente às condições da população negra.

Nesse sentido, em forma de uma resposta do poder público às necessidades, carências e anseios da sociedade negra, o conceito de ação afirmativa esteve mais atrelado a uma perspectiva histórica, do que ideologias de

propósito, uma vez que os Estados Unidos tinha um claro objetivo de abrandar as revoltas e os motins ligados ao movimento negro, até então esse ambiente hostil e destrutivo era desconhecido para grande parte dos americanos brancos (KAUFMANN, 2007).

Contudo, embora esse movimento do Estado norte-americano possa parecer um avanço, o exposto ainda se situa na fase em que as ações afirmativas eram tidas como medidas de não-discriminação com puro objetivo de atuarem por meio da repressão a discriminadores ou potenciais discriminadores e não como políticas de inclusão, que visam a prevenção e reparação, na tentativa de concretizar a igualdade formal e material, conforme sustenta Kaufmann (2007, p. 171):

Como se observa dos textos das Ordens Executivas nº 10.925 e 11.246, os governos de Kennedy e Johnson não iniciaram as ações afirmativas conforme as entendemos hoje. Originalmente, o conceito de ação afirmativa significava uma política institucionalizada de combate à discriminação e não medidas de inclusão propriamente ditas. É que, à época, acreditava-se que o simples fato de o governo deixar de apoiar a discriminação [...] já sinalizava vultuosos ganhos para a comunidade **negra**.

Menezes (2001) esclarece que, por mais que a expressão tenha sido cunhada pela primeira vez nos Estados Unidos, essa política não foi inventada por eles. A Índia, em 1948, por meio do artigo 16 da Constituição faz referência à reserva de postos nos serviços públicos para classes de cidadãos desfavorecidos e para castas ou tribos que não estejam devidamente representados. Para Sowell, (2004) a Índia foi o grande pioneiro na adoção de políticas de quotas, ao longo dos anos ela criou um vasto e complexo sistema de reservas, principalmente quanto ao acesso à educação e trabalho. Carvalho (2005, p. 185) diz que “a Índia é o país com a mais longa história e experiência de ações afirmativas no mundo”.

A consequência da implementação das ações afirmativas na Índia são conflitantes. Mendelsohn (1999) sustenta que essa política só tem propiciado vantagens significativas para uma minoria restrita dentre a indiana. Mallick (1997) sugere que elas produzem efeitos simbólicos, pois essas medidas alteram de fato o estado em que vive toda a comunidade vítima de preconceito e discriminação na Índia, não somente daquele indivíduo que usufrui diretamente

da ação. O autor explica ainda que o fato de existir uma elite beneficiada pelas ações incomoda não ao grupo alvo, mas, sim, aos membros das castas mais elevadas da sociedade indiana.

Piscitelli (2009, p.7) traduz o texto Constitucional indiano que faz referência à reserva de postos nos serviços públicos para classes de cidadãos desfavorecidos e para castas ou tribos que não estejam devidamente representados, como podemos ver:

(4) Nada neste artigo deve impedir o Estado de prover a reserva de compromissos ou postos em favor de qualquer classe desfavorecida de cidadãos que, na opinião do Estado, não esteja adequadamente representadas nos serviços públicos.

(4A) Nada neste artigo deve impedir o Estado de prover a reserva em matéria de promoção para qualquer classe ou classe de postos nos serviços estatais em favor das castas e tribos incluídas as quais, na opinião do Estado, não estão adequadamente representadas nos serviços públicos.

Evidentemente, as ações afirmativas não ficaram restritas aos Estados Unidos e a Índia, experiências semelhantes foram observadas em países da Europa Ocidental, Austrália, Malásia, Nigéria, África do Sul, Canadá, Argentina, Cuba dentre outros, já que, as experiências iniciais estavam surtindo efeito em nas comunidades onde eram implantadas, e de certa forma, em alguns momentos dissipando conflitos seculares que dividiam os países (MOEHLECKE, 2002).

Referindo-se ainda a experiência norte-americana, não há como negar os benefícios das ações afirmativas naquela realidade, quando bem planejadas, e levando em consideração as vivências de cada uma das sociedades (GOMES, 2001).

Ribeiro (2011) afirma que, constatados os resultados obtidos com essa política principalmente na Índia e nos Estados Unidos, o parlamento brasileiro começa a debater projetos de lei com finalidade de obter esses mesmos resultados no Brasil, já que é flagrante a segregação do sistema educacional brasileiro, do mercado de trabalho e emprego; e, com a redemocratização do país, os movimentos sociais começam a exigir uma postura mais ativa do Poder Público diante das questões como raça, gênero e etnia.

Diante da necessidade de se conhecer e entender os mecanismos das ações afirmativas, percebemos que seu conceito mudou, passando da fase de ação não-discriminatória – formas de reprimir os discriminadores ou conscientizar aqueles que possam vir a discriminar – para um momento de políticas que visam alocar recursos em benefício de pessoas que pertencem a grupos discriminados e vitimados pela exclusão social e econômica no passado e no presente. Essas medidas têm como escopo combater discriminações étnicas, raciais, religiosas, e de gênero, majorando a participação destas minorias no acesso à educação, ao emprego, à política (MENEZES, 2001).

Santos (2005) conceitua as ações afirmativas como sendo políticas públicas ou privadas voltadas especificamente para grupos sociais discriminados em função de alguma característica, como pode-se ver:

Como foi visto, ação afirmativa é uma política específica para determinados grupos sociais que foram e/ou ainda são discriminados em função de algumas de suas características reais ou imaginárias. Essa política pode ser implementada pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo pela iniciativa privada. (SANTOS, 2005, p. 23)

Já para Soares (2000), ações afirmativas são ações que buscam corrigir desigualdade entre gênero e raça, e as quotas são uma estratégia de correção dessas desigualdades, porém não a única, assim como vemos a baixo:

Denominam-se ações afirmativas as que buscam corrigir a desigualdade entre homens e mulheres, ou negros e brancos, seja no âmbito da política, da educação ou do trabalho. As cotas não são a única, mas uma das estratégias das ações afirmativas [...]. As ações afirmativas não são uma fonte de discriminação, mas veículo para remover os efeitos da discriminação. (SOARES, 2000, p. 39)

Cumprido destacar, na conceituação de Cruz (2003), o sentido bipartido das ações afirmativas, que podem ser facultativas ou obrigatórias. O autor também é bem abrangente quanto a finalidade que podem ter tais ações, versando elas ora nos campos sociais e econômicos, ora nos jurídicos, mas sempre visando a inclusão de grupos habitualmente, costumeiro e notoriamente discriminados pela sociedade.

Medidas públicas e/ou privadas, coercitivas ou voluntárias, implementadas com vista à promoção da inclusão social, jurídica e

econômica de indivíduos ou grupos sociais/étnicos tradicionalmente discriminados por uma sociedade. (CRUZ, 2003, p. 185)

Santos (2005) afirma que, as ações afirmativas são discriminatórias, servem como uma garantia de tratamento mais equânime no presente, compensando a discriminação sofrida no passado. O autor completa o raciocínio desta forma:

Ação afirmativa é tratar de forma preferencial aqueles que historicamente foram marginalizados, para que lhes sejam concedidas condições equidistantes aos privilegiados da exclusão. Diferencia-se drasticamente da redistribuição, já que não é simples busca de diminuição de carência econômica, mas sim uma medida de justiça, tendo por base injustas considerações históricas que erroneamente reconheceram e menosprezaram a identidade desses grupos discriminados. (SANTOS, 2005, p. 45-46)

Para o doutrinador as ações afirmativas teriam somente um caráter compensatório, serviriam como uma justa reparação aos descendentes de grupos menos favorecidos na história da nação. Silva (2009), sustenta que as ações afirmativas são baseadas necessariamente em uma tríade conceitual, qual sejam: caráter compensatório, distributivo e preventivo. Compensatório como forma de compensar as injustiças históricas; distributivas de forma a melhor distribuir as oportunidades, e perceber uma nação condizente com sua população; e preventiva no sentido de evitar conflitos sociais hoje latentes. Além disso, os beneficiários das ações afirmativas atuais, no futuro estão em condições sociais melhores, portanto, seus descendentes não precisarão mais beneficiar-se delas.

Bergmann (1996) exprimiu em sua conceituação o caráter humano das ações afirmativas, mostrando a importância de se pensar nas atitudes individuais em relação aos grupos discriminados, ou seja, as pessoas que sofrem pela discriminação e que estão perto, sem que necessariamente seja uma medida estatal coercitiva, uma obrigação distante de nossa realidade.

[...] planejar e atuar no sentido de promover a representação de certos tipos de pessoas – aquelas pertencentes a grupos que têm sido subordinados ou excluídos – em determinados empregos ou escolas. É uma companhia de seguros tomando decisões para romper com a sua tradição de promover a posição executivas unicamente homens, e brancos. É a comissão de admissão da Universidade da Califórnia em Berkeley buscando elevar o número de negros nas classes iniciais [...].

Ações afirmativas podem ser um programa formal e escrito, um plano envolvendo múltiplas partes e com funcionários dele encarregados, ou pode ser a atividade de um empresário que consultou sua consciência e decidiu fazer as coisas de uma maneira diferente (BERGMANN, 1996, p. 7).

A autora destaca a dimensão da diversidade das ações afirmativas, sustentada por dois propósitos, o primeiro seria a necessidade de combater sistematicamente a discriminação nos mais diversos espaços da sociedade, e o outro reduzir a desproporção entre certos grupos, como por exemplo os marcados pela raça e/ou gênero.

Guimarães (1997) com um viés mais jurídico-filosófico que tratar pessoas desiguais como iguais, de fato, amplia a desigualdade, pois faz com que os discriminados e excluídos acabem sendo a cada dia mais marginalizados, e os mais abastados concentrem mais riquezas. As ações afirmativas consistem em “promover privilégios de acesso a meios fundamentais – educação e emprego principalmente – a minorias étnicas, raciais ou sexuais que, de outro modo estaria deles excluídas, parcial ou totalmente” (1997, p. 233). Para o autor essas medidas estão diretamente ligadas a sociedades democráticas, que tenham como objetivo igualdade de oportunidade e de valores. Essas ideias são pautadas na restituição de uma igualdade que foi rompida ou que nunca existiu.

Dentre as definições apresentadas pode-se listar similitudes em alguns aspectos, quais sejam:

Quanto à promoção: são políticas públicas ou privadas. São políticas porque, segundo Prudente (2003, p. 104) “[...] iniciam-se na formulação das decisões, na priorização dos problemas sociais a serem enfrentados e na busca de soluções (planejamentos, programações, e atos normativos, etc.) [...]”; Cruz (2011, p. 76) complementa esse ponto de vista informando que “Envolve uma abordagem ampla da questão da inclusão socioeconômica e não se restringem à mera tomada de decisões ou a mera edição de atos normativos sem um acompanhamento crítico dos resultados atingidos”. Para Munanga (1996, p. 83) as ações afirmativas são “[...] são públicas, porque são reservadas aos poderes instituídos, municípios, governos estaduais e o nacional, pois cabe a eles, que têm poderes e recursos necessários, a responsabilidade de implementar tais políticas”.

Quanto ao foco: direcionada a grupos sociais discriminados. Para Cruz (2011) as medidas das ações afirmativas devem ser voltadas a grupos ou categorias em desigualdades fáticas parciais, convencionou-se a chamar esses grupos de minorias. Porém, com o passar do tempo passaram a contemplar grupos majoritários, como, por exemplos, as mulheres. Hoje, entender as minorias em sentido quantitativo não faz sentido, minorias no contexto das ações afirmativas seriam grupos sociais, política e economicamente fragilizados, e que de certa forma, firmam a representatividade democrática nos mais diversos espaços.

Quanto ao objetivo: redução das desigualdades fáticas parciais. Avi-Yonah (2008) sustenta que a partir de uma perspectiva social é conveniente redistribuir riquezas porque o acúmulo de bens – conhecimento, postos de trabalho ou quaisquer bem escasso – traz poder ilegítimo a quem os detém.

Mas porque querer uma redução das desigualdades? O argumento de que as riquezas 'particulares' são, em parte, criadas pelas condições disponibilizadas pela própria sociedade e, por isso, podem ser redistribuídas 'como bem se aprouver', não é uma resposta satisfatória a esta pergunta, pois só legitima a redistribuição em si, mas não explica por que razão esta redistribuição é desejável. A resposta a esta pergunta é certamente política: em uma sociedade democrática, a maioria pode legitimamente decidir sobre a redistribuição de riqueza dos ricos para os pobres, mesmo que a sua única razão seja que as desigualdades são 'desleais' ou ofensivas (AVI-YONAH, 2008, p. 18).

Quanto à temporariedade: temporais ou atemporais. Para Cruz (2011), aqui reside o equívoco, subentender que as ações afirmativas sempre, em algum momento a igualdade será alcançada mediante a política de ações afirmativas.

Embora seja essa a vontade de muitos dos defensores de tal gênero de política pública, é perfeitamente possível cogitar desigualdades fáticas parciais que não são eliminadas, mas apenas compensadas, pelas medidas de ação afirmativas. Um exemplo seria a reserva de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII da CF/88), já que esses indivíduos têm desvantagens permanentes na competição pelas vagas ofertadas a todos. (CRUZ, 2011, p. 84)

Assim, a conceituação perde seu caráter definidor de temporariedade, pois existem desigualdades nunca equalizadas na sociedade, portanto

persistindo as ações afirmativas. Silva (2005, p. 266), de forma parecida sustenta:

É bastante questionável propor que todas as espécies de ações afirmativas sejam implantadas em caráter temporário, à medida que, assim considerado sem exceções, deixará de contemplar certas parcelas significativas da sociedade, como índios, quilombolas, ciganos, cujas peculiaridades culturais e socioeconômicas demandam um constante acompanhamento e mudanças de estratégias e políticas dos órgãos governamentais.

Cruz (2011) ainda reforça que somente faria sentido atribuir o princípio da temporariedade das ações afirmativas, se entendermos que após ter sido alcançado o objetivo, elas não deverão permanecer. Porém, de outro lado, é possível entender que qualquer norma legal que não atenda mais suas razões não deve permanecer.

2. LEGISLAÇÃO E APARATO NORMATIVO

A igualdade jurídica atualmente é perceptível, pois as regras e normas editadas trazem um caráter isonômico em seu texto, essa igualdade pronunciada pela lei é definida como formal. Contudo, essa igualdade planejada pela lei não se observa no campo da realidade dos fatos, ao menos para grande parte da população, a essa igualdade desejada dá-se o nome de igualdade material (CECCHIN, 2006).

Silva (2002, p.2) sintetiza os efeitos práticos entre a igualdade material e formal e os distingue. É importante destacar que a busca desse tratamento diferenciado, com o intuito de promover a igualdade desejada não cabe somente ao Estado, mas deve ser perseguida em conjunto com a iniciativa privada, em especial as empresas, como forma de ativar a responsabilidade social de todos, através de ações afirmativas em prol das minorias.

Cecchin (2006) revela que o princípio da igualdade, núcleo das ações afirmativas sempre esteve presente nas Constituições Brasileiras. Até 1988 elas eram neutras quanto à atividade estatal, pois tratava somente de igualdade formal, com a Carta de 88, o Estado passou a assumir compromisso ativo com as camadas sociais prejudicadas.

Durante o processo de redemocratização do país os movimentos sociais começaram a exigir atitudes do Poder Público, exigindo a adoção de medidas específicas para solucionar vários problemas envolvendo questões de raça, gênero, etnia entre outras (MUNANGA, 1996). Santos (1999) relata que um dos primeiros registros que se tem no Brasil, entorno do que atualmente chamamos de ações afirmativas, é datado de 1968, quando técnicos do Ministério do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho mostraram-se de acordo com a criação de uma lei que obrigasse as empresas privadas a manter uma percentagem mínima de empregados de cor, 20%, 15% ou 10% sempre levando em conta o ramo de atividade e demanda. Entretanto, por pressão da sociedade, e pelo pouco apoio legislativo a lei nunca foi elaborada, e votada.

Nos anos 80, o Deputado Federal Abdias Nascimento formulou o projeto de Lei nº 1.332/83 que propunha ações compensatórias como mecanismo para compensação aos afro-brasileiros após séculos de discriminação. A ação propunha que sejam reservas 20% de vagas para mulheres negras e 20% de vagas para homens negros na seleção de candidatos ao serviço público; bolsas de estudos; incentivos às empresas do setor privado; incorporação da imagem da família afro-brasileira ao sistema de ensino e à literatura didática e paradidática, bem como a introdução da história das civilizações africanas e do africano no Brasil. O projeto chegou a ser votado no Congresso Nacional, porém não foi aprovado (MOEHLECKE, 2002).

Menezes (2001), expõem que as políticas de ações afirmativas no Brasil consistem em um tema muito recente, o tópico somente ganhou impulso com a promulgação da Constituição em 1988 quando a preocupação com os direitos do cidadão foi ampliada e defendida, o que claramente foi uma resposta ao período histórico diretamente anterior, a ditadura militar, onde durante vinte anos o povo foi repetidamente privado de várias garantias.

Souza (2006) entende que a Constituição de 1988 sinalizou a necessidade de mudança de rumo no alcance que se dava ao princípio da igualdade, o preâmbulo da Carta Magna já demonstra que o objetivo da Assembleia Nacional Constituinte é “instituir um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia

social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”(BRASIL, 2015, p. 1) .

Souza (2006) cita o 1º artigo da Constituição Federal 1988 que revela os fundamentos da República que são: a cidadania e a dignidade da pessoa humana, em seguida o legislador introduziu o artigo 3º que nos traz os objetivos de nossa República: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O Ministro Marco Aurélio sabiamente explica que se prestarmos atenção nos verbos que o legislador constituinte usou teremos certeza que se espera uma posição ativa do Estado quanto ao alcance desses objetivos.

Cecchin (2006) aduz que trata-se da norma programática que dá base para futuras diretrizes estatais, porém mostram-se com eficácia imediata, já que visa à implementação de programas e planos sociais contando com a participação popular em conjunto com o Estado. Para o autor essas normas não são terminantes, mas sucessivas, pois dependem de fatores internos e externos para aprimorar e implementar os objetivos a que se destinam, podendo variar no tempo e no espaço, a depender da necessidade. Esses artigos demonstram os fins do ordenamento jurídico e estão previstos e destinados a promoção social e cidadã do povo.

Para Cruz (2011), o Brasil sentiu os efeitos das forças expansivas das ações afirmativas, tanto que, o legislador constituinte demonstrou sua preocupação com a inclusão das minorias sociais, refletindo em alguns dispositivos contidos da Constituição Federal de 1988. Embora não tenha dispositivos específicos, como na Constituição da Índia, merecem respaldo os seguintes itens: gratuidade de assistência jurídica a quem comprovar insuficiência de recursos (artigo 5º, LXXIV), a gratuidade do registro civil de nascimento e da certidão de óbito (artigo 5º LXXVI), a proteção ao mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos (artigo 7º XX), a reserva de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (artigo 37, VIII), e o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte (artigo 170, IX). Esses dispositivos não só autorizam, mas propõem que sejam feitas distinções com base em gênero, capacidade econômica e integridade física. É

possível sustentar, com base na conceituação de discriminação (diferenciação injustificada) e distinção (diferenciação justificada) que a Constituição Federal proíbe somente as diferenciações injustificadas, mas não as diferenciações devidamente justificadas, estas que serviram de critério para justificação das medidas implantadas.

Cecchin (2006) afirma que o objetivo da Constituição foi evitar a segregação de raças e marginalização das minorias, não havendo, portanto que vingar a teoria de incompatibilidade quando uma ação visa promover igualdade e corrigir injustiças. Inclusive Silva (2002) destacou a possibilidade de alegação de inconstitucionalidade por omissão na hipótese de inércia do Estado. A inércia em nada contribui para a redução das desigualdades mostrando-se falho o argumento que não se pode distinguir onde a própria carta proibiu. O direito deve ser harmônico e constantemente interpretado, gerando mais direitos, sob pena de haver uma estagnação jurídica.

Não se pode esquecer que a implementação de ações afirmativas é verdadeira mão-dupla, pois o benefício concedido às minorias, requer a redução da participação dos grupos majoritários, surgindo então conflito entre princípios fundamentais do direitos. A grande doutrina, porém, tem balizado e conduzido a uma solução harmoniosa para esse impasse, a aplicação do princípio da proporcionalidade (CECCHIN, 2006).

Nery Junior (2004, p. 134) destaca que a utilização do princípio da proporcionalidade torna o ordenamento jurídico não absoluto, e dá sentido de ponderação retirando o excessivo rigor da norma. O autor afirma que o princípio da proporcionalidade determina uma análise sobre os benefícios e malefícios que uma norma pode acarretar, observada essa regra não há dúvidas quando a constitucionalidade da implementação das ações afirmativas. No entanto elas devem ser reservadas para a promoção de ajustes sociais, caso desvirtuada desse objetivo, não está em consonância com a Constituição Federal.

Silva (2009) explica que, mesmo sem que haja lei autorizando, mais de 81 instituições públicas de ensino superior, no exercício de suas funções administrativas, criaram algum tipo de ação afirmativa destinadas a fomentar o acesso de minorias a seus quadros. Entre elas estão a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), a Universidade do Norte Fluminense, a Universidade de Brasília, Universidade Federal de São Paulo, Universidade Federal de

Alagoas, entre outras. A UERJ foi uma das primeiras instituições a implantar um programa de ação afirmativa em seus vestibulares destinando 50% de suas vagas a alunos egressos de escolas públicas.

A autora observou que existem diversas normas esparsas posteriores a Constituição Federal, podemos destacar o dispositivo contido na Constituição Estadual da Bahia que assegura a inclusão de indivíduos da raça negra a veiculação de publicidade estadual, Lei 8.213/91 que estabeleceu quotas de 2 a 5% das vagas de emprego a pessoas com deficiência, a Lei 9.504/97 que garante um mínimo de 30% das candidaturas para cada um dos sexos. Cruz (2011) observa que as ações afirmativas no mundo compreenderam uma gama de estratégias sempre adaptadas a realidade da sociedade ao qual se pretende sua aplicação.

Em 1995, no primeiro mandato do então Presidente Fernando Henrique Cardoso, foi instituído o grupo interministerial para desenvolver políticas de valorização e promoção da população negra, esse grupo realizou duas conferências, e elaborou 46 propostas de ações afirmativas nas áreas de educação, saúde, trabalho, comunicação entre outras. No entanto, os recursos dispensados para que essas medidas não foram suficientes para implementá-las e seu impacto permaneceu restrito. No ano seguinte foi lançado o Programa Nacional dos Direitos Humanos que teve como objetivo desenvolver ações afirmativas para o acesso dos negros aos cursos profissionalizantes, à universidade e às áreas de tecnologia, formular políticas compensatórias que promovam social e economicamente a população negra e apoiar as ações da iniciativa privada que realizem discriminação positiva. Um dos resultados desse programa foi a inclusão da questão racial nos Parâmetros Curriculares Nacionais (MOEHLECKE, 2002).

Cruz (2011) revela que em 2001, a partir dos preparativos para a 3ª Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e a Intolerância Correlata, realizada em Durban, na África do Sul, as questões referente as desigualdades entre negros e brancos tomou a grande mídia, ocasião em que o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) e o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) divulgaram dados que revelaram a enorme discrepância entre negros e brancos no Brasil. A partir da efervescência

social do momento o Poder Executivo começou a propor medidas de ações afirmativas ocasionando uma mudança de rumo nas políticas públicas.

Dessa forma, o sistema infraconstitucional acabou por tornar-se mais amplo que o constitucional no que tange às ações afirmativas. Por exemplo, a Medida Provisória nº 213/04, convertida na Lei 11.096/05, que criou o ProUni, instituiu medida de ação afirmativa na medida em que determina que, em troca de incentivos fiscais, instituições de ensino superior privadas reservem vagas a serem destinadas, mediante bolsa integral ou parcial, a estudantes que demonstrarem insuficiência de recursos e sejam egressos do ensino público, bolsistas do ensino privado ou portadores de deficiência (CRUZ, 2011).

A Lei 12.711/12, como parte do sistema infraconstitucional das políticas de ações afirmativas, tem o poder de assegurar o acesso ao ensino superior nas instituições públicas de ensino superior através da reserva de vagas para grupos específicos que, historicamente, estão excluídos da vida acadêmica. A reserva de vagas é parte das políticas de ações afirmativas e modificam o perfil socioeconômico dos estudantes que ingressam no ensino superior, principalmente quando comparada à seleção direta pela nota. A seleção com reserva de vagas, que já era praticada desde 2006, portanto anterior a Lei 12.711/2012 e já superava o que foi proposto nela. Pelo modelo estatístico baseado no modelo misto contempla percentual de estudantes afrodescendentes superior ao da população autodeclarada afrodescendente no estado da Bahia, mais de 50% dos estudantes oriundos de escola pública e 42% de estudantes com renda familiar per capita inferior a 1,5 salário mínimo, superando em percentuais o que a lei previu para o seu primeiro ano de aplicação (OLIVEIRA, 2013).

Em 2014 foi aprovada a Lei 12.990 que tem como principais características da discriminação positiva do sistema de cotas para afrodescendentes em concursos federais de cargos públicos, de acordo com a lei, as vagas são resumidas em um percentual para afrodescendentes ou pardos, com critérios de condicionalidade previstos quanto: número mínimo de vagas oferecidas em concurso para aplicação de cota; fracionamento das vagas; auto declaração de negro ou pardo; e, dupla forma de ingresso, tanto, por reserva de cota, quanto, por ampla concorrência (SENHORAS; CRUZ, 2015).

Como se pode perceber, o ordenamento jurídico brasileiro, pós Constituição Federal de 1988, deve ser fundamentado nos princípios que a CF propõe para a sociedade. Através de seus dispositivos, há incentivo pela constante busca de igualdade, de forma ativa pelo Estado. Nesta senda os legisladores buscaram ampliar o aparato normativo em relação às ações afirmativas, e hoje vemos que quase todos os dos grupos socialmente marginalizados começam a ter destaque, mas ainda estamos longe da igualdade material desejada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se que, a Constituição Brasileira encoraja a concretização do princípio da igualdade material, deixando de ser somente um princípio positivo, e passa a ser um objetivo a ser alcançado por todos, Estado e sociedade. As ações afirmativas, com o passar do tempo vêm demonstrando que são realmente necessárias para superar os graves problemas de discriminação de nossa sociedade, porém, as ações por si só não conseguem equilibrar e empoderar os grupos reprimidos, a sociedade tem que estabelecer metas, e colocar-se à frente dessa luta por direitos iguais.

REFERÊNCIAS

- AVI-YONAH, Reuven. **Os Três Objetivos da Tributação**. In: COSTA, Alcides Jorge (Org.). *Direito Tributário Atual*, ed. 22. São Paulo: Dialética, 2008.
- BERGMANN, Barbara. **In defense of affirmative action**. New York: BasicBooks, 1996.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 44. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CARVALHO, José J. **Inclusão Étnica e Racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior**. São Paulo: Attar, 2005.
- CECCHIN, Airton J. **Ações afirmativas: inclusão social das minorias**. *Revista Ciência Jurídicas e Sociais da Unipar*. Umuarama, n.2, 2006.
- CRUZ, Álvaro R. S. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CRUZ, Luis F. F. M. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. 2011. 127 f. Dissertação (Faculdade de Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GOMES, Joaquim B. B. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. O direito como instrumento de transformação social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUIMARÃES, Antônio S. A. A desigualdade que anula a desigualdade: notas sobre a ação afirmativa no Brasil. In: SOUZA, J. (Org.). **Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos**. Brasília: Paralelo 15, 1997. p. 233-242.

KAUFMANN, Roberta F. M. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MALLICK, Ross. **Affirmative Action and Elite Formation: An Untouchable Family History**. In: Ethnohistory, n. 2, 1997.

MENDELSON, Oliver. **Compensatory Discrimination for India's Untouchables**. In: Law in Context, n.2, 1999.

MENEZES, Paulo L. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MOEHLECKE, Sabrina. **Ação Afirmativa: História e debates no Brasil**. Cadernos de Pesquisa. n. 117, nov. 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15559.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

MUNANGA, Kabengele. O anti-racismo no Brasil. In: MUNANGA, K. (org.). **Estratégias e políticas de combate à discriminação racial**. São Paulo: Edusp, 1996 p.79-111.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Norma S. **Modelos mistos e cotas no acesso ao ensino superior: o caso do IFBA**. 2013. 115 f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Estatística e Experimentação Agropecuária) - Universidade Federal de Lavras, Lavras, 2013.

PISCITELLI, Rui M. **O estado como promotor de ações afirmativas e a política de cotas para o acesso dos negros à universidade**. 2007. 170 f. Dissertação (Programa de Mestrado em Direito) - Universidade Luterana do Brasil, Canoas, 2007.

PRUDENTE, Eunice A. J. Experiências integradoras que o Brasil já conheceu: uma análise jurídica sobre a exclusão social dos afrodescendentes numa ordem constitucional integradora. In: DURHAM, Eunice R.; BORI, Carolina M. (Org.). **Seminário: O Negro no Ensino Superior**. São Paulo: Núcleo de Pesquisas sobre Ensino Superior, 2003.

RIBEIRO, Rafael F. S. **Estudos sobre as ações afirmativas**. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, n.31, ago. 2011.

SANTOS, Jocélio T. Dilemas nada atuais das políticas para os afro-brasileiros: ação afirmativa no Brasil dos anos 60. In: BACELAR, J.; CAROSO, C. (Org.). **Brasil, um país de negros?** Rio de Janeiro: Pallas; 1999. p. 221-234.

SANTOS, Sales. A. **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas.** Brasília: MEC/UNESCO, 2005.

SENHORAS, Eloi M.; CRUZ, Ariane R. A. de S. **Debates sobre a discriminação positiva na lei das cotas em concursos públicos.** Revista Síntese do Direito Administrativo, n. 112, 2015. Disponível em: <<https://works.bepress.com/eloi/380/download/>>. Acesso em: 05 abril, 2016.

SILVA, Alexandre V. **O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro.** Revista Jus Navigandi, Teresina, n. 7, 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3479>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

SILVA, Maria S. **Ações afirmativas para a população negra: um instrumento para a justiça social no Brasil.** 2009. 214 f. Dissertação (Área de Concentração em Direitos Humanos) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SILVA, Sidney P. M. **Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira.** Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SOARES, Vera. As ações afirmativas para mulheres na política e no mundo do trabalho no Brasil. In: BENTO, Maria Aparecida Silva et al. **Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades.** São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.

SOUZA, Oziel F. **As ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material.** 2006. 164 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

SOWELL, Thomas. **Affirmative Action Around the World – An Empirical Study.** New Haven: Yale University Press, 2004.