

A BUSCA DA MINIMIZAÇÃO DAS DESIGUALDADES ATRAVÉS DE AÇÕES AFIRMATIVAS

Patrícia Borges Guérios

Advogada na área empresarial e eleitoral

Bacharel em direito - Faculdade de Direito de Curitiba

Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania – Unicuritiba

Integrante dos Grupos de Pesquisa:

Tutela dos Direitos de Personalidade na Atividade Empresarial:

Os Efeitos Limitadores na Constituição da Prova Judiciária,

Coord. Prof. Dr. Luiz Eduardo Gunther;

e Atividade Empresarial e Administração Pública,

Coord. Prof. Dr. Daniel Ferreira, ambos da UNICURITIBA.

gueriosadvogada@gmail.com

RESUMO

Há muitos anos se discute a igualdade entre os seres humanos, todavia a simples inclusão nos textos legais de normas que façam menção a necessidade de tratamento igualitário não tem se mostrado uma medida capaz de coibir de forma acertada e real as desigualdades. Assim se faz necessário uma ponderação entre a igualdade formal e a material, que somente podem ser compatibilizadas através de políticas implementadas de forma a diminuir estas desigualdades. Destarte, surgida nos EUA as ações afirmativas se mostram uma medida que uma vez adotada tem o condão de diminuir as desigualdades perpetradas no passado a um grupo de minorias marginalizado, podendo assim, proporcionar-lhes uma forma de inserção na sociedade de maneira equânime.

Palavras-chave: Princípio da Igualdade Formal; Princípio da igualdade material; Ações Afirmativas.

1 INTRODUÇÃO

Intenta-se trazer uma reflexão, embora breve, a respeito do da igualdade entre os seres humanos, e a forma de minimizar as discriminações, tema este que não passou a ser ventilado recentemente, na realidade em todo o mundo há muito se discute a respeito.

No Brasil em várias constituições o assunto foi tratado, e na Carta Magna de 1988 não foi diferente, estando tal postulado, inclusive, expresso em diversos dispositivos.

Todavia, a mera previsão legal não tem se mostrado suficiente, pois a simples proibição de discriminação não é capaz de erradicar e assim proporcionar igualdade a grupos

de indivíduos desfavorecidos, extirpando desigualdades que por muitos anos foram e vem sendo submetidos alguns grupos socialmente vulneráveis.

Destarte, neste combate ao tratamento desigual, e como medida de implementação ao direito de igualdade apresentou-se necessária a realização de políticas compensatórias buscando a efetiva igualdade de oportunidade a todos, neste ponto, surgida nos EUA, as ações afirmativas se apresentaram como medidas especiais e temporárias capazes de remediar situações discriminatórias que se perpetraram no passado, acelerando, destarte, o processo de igualização.

No Brasil, muitas destas ações vem sendo implementadas, com o fito de remediar as desigualdades que marcaram grupos marginalizados que durante anos se viram em situação de desigualdade e que precisam, de alguma forma, ser auxiliados para que possam exercer seus direitos de forma equânime com os que não sofreram as mesmas discriminações.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 PRINCIPIO DA IGUALDADE FORMAL E MATERIAL – PREVISÃO LEGAL

O princípio da igualdade surgiu de forma racionalista, a partir de Revoluções Políticas que datam dos séculos XVII e XVIII, sendo um dos pilares da democracia moderna e indissociável da noção de Justiça.¹

Destarte, não tardou para que se percebesse que a igualdade meramente expressa nos textos normativos, ou seja, igualdade perante a lei, não era suficiente para que não restasse na realidade em seu bojo uma abstração capaz de permitir toda a sorte de desigualdades.

Se para os pensadores da escola liberal era suficiente a mera inclusão no texto dos direitos fundamentais a previsão de igualdade, para assegurar o tratamento equânime entre os cidadãos, não era o que se via na prática, visto que a igualdade jurídica não passava de mera ficção².

Para tanto se tornava imperioso se falar em igualdade substancial, onde o tratamento é conferido na medida das desigualdades de cada um.

¹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro. Renovar. 2001. p. 1

² GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. cit, p. 3.

114 Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 5, n. 1, p. 113-122, jan./jun. 2011.

Em nosso ordenamento a previsão do direito à igualdade já data da época da Constituição do Império de 1924, atualmente a Carta Magna elenca o princípio da igualdade expressamente, assegurando que todos têm direito a tratamento igualitário perante a lei.

Assim em seu artigo 5º, inciso I, preceitua:

Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos seguintes termos:

I- Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Analizando o texto constitucional de forma sistemática, percebe-se que o artigo 3º da Constituição Federal, é também um dos esteios do princípio da igualdade, o qual o artigo 5º, inciso I, complementa.

O insigne doutrinador, Alexandre de Moraes³, ao comentar o princípio da igualdade constante na Carta Magna, assim assevera:

A Constituição Federal de 1998 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se igualam, é a exigência tradicional do próprio conceito de justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito..

Assim, este princípio guarda em si a idéia de que a todos é garantido o tratamento idêntico perante a lei, porém o que se veda são discriminações arbitrárias e desarrazoadas, visto que é ínsito ao conceito de justiça que os seres humanos são desiguais na medida de suas desigualdades.

O jurista e filósofo Norberto Bobbio⁴, aborda com muita propriedade o assunto, no que diz respeito a que a lei deve tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, assim pondera:

Quanto à igualdade nos ou dos direitos, ela representa um momento ulterior na equalização dos indivíduos com respeito à igualdade perante a lei entendida como

³ MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 11ª Edição. Editora Atlas. 2002. p. 64.

⁴ BOBBIO. Norberto. Liberdade dos Antigos e Modernos. A Democracia e a Igualdade. In Liberalismo e Democracia Brasiliense. São Paulo. 1998. p. 41

exclusão das discriminações da sociedade por segmentos: significa o igual gozo por parte dos cidadãos de alguns direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Enquanto a igualdade perante a lei pode ser interpretada como uma forma específica e historicamente determinada de igualdade jurídica (...), a igualdade de direitos compreende a igualdade de todos os direitos fundamentais enumerados numa constituição, tanto que podem ser definidos como fundamentais aqueles, e somente aqueles, que devem ser gozados por todos os cidadãos sem discriminações derivadas da classe social, do sexo, da religião, da raça, etc.

Dos postulados citados do texto constitucional extrai-se que todos devem ser tratados de forma igualitária, independente de suas particularidades. Denota-se assim que apenas a previsão no texto frio da lei não se mostrou suficiente, considerando que inseridos em uma sociedade capitalista, onde as igualdades de condições não são de forma alguma as mesmas, onde se observa uma série de disparidades, a simples previsão legal não é capaz de aniquilar as desigualdades.

Neste vértice, torna-se necessário refletir a respeito da igualdade material, onde, embora se tenha o texto legal previsão de igualdade entre os seres humanos, deve-se buscar a equiparação concreta, assim reduzindo as desigualdades sociais. Desta forma, analisando a Constituição Federal, percebe-se que não basta proteger somente a igualdade formal, mas também a igualdade material, que é mais ampla que aquela, pois demanda a necessidade de se produzir a igualdade por meio de políticas governamentais e de leis.

Ao analisar a proteção à dignidade da pessoa humana, as diferenças raciais, religiosas, culturais, enfim, o respeito à diversidade, se percebe que para que sejam minimizadas as desigualdades é necessário ações concretas que busque diminuí-las.

Em nossa Constituição de República observam-se, ainda, várias formas de manifestação da igualdade material, como nos casos dos artigos 5º inciso XXXI, LXXIV, artigo 7º, XXX, XXXI, 170, VII, 193, 196, 205, dentre outros.

Trazer as considerações de Flavia Piovesan⁵ no que tange a implementação da igualdade é de grande importância, conforme segue:

A implementação do direito de igualdade é tarefa fundamental à qualquer projeto democrático, já que em última análise a democracia significa a igualdade no exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. A busca democrática requer fundamentalmente o exercício em igualdade de condições de direitos elementares.

⁵ PIOVESAN. Flavia. “Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos”. www.scielo.br. acessado em 20 de novembro de 2009.

¹¹⁶ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 5, n. 1, p. 113-122, jan./jun. 2011.

Se a democracia confunde-se com a igualdade, a implementação do direito à igualdade, por sua vez, impõe tanto o desafio de eliminar toda e qualquer forma de discriminação como o desafio de promover a igualdade.

Para a implementação do direito à igualdade, é decisivo que se intensifiquem e aprimorem ações em prol do alcance dessas duas metas que, por serem indissociáveis, hão de ser desenvolvidas de forma conjugada. Há, assim, que se combinar estratégias repressivas e promocionais que propiciem a implementação do direito de igualdade.

As estratégias repressivas e promocionais aptas a concretizar a extirpação das desigualdades são na verdade a busca da erradicação das discriminações que ocorrem quando iguais passam a ser tratados de forma desigual, a mera previsão do direito à igualdade se mostra na realidade uma medida que não atinge seus objetivos práticos, pelo que se torna necessário que sejam conjugadas as proibições de discriminação juntamente com medidas e políticas compensatórias que tenham o intuito de acelerar e colaborar com o processo de igualdade.

Por via de consequência, cabe ao Estado as ações concretas e as leis com o intuito de reduzir as desigualdades sociais, sem olvidar que à sociedade caberá a recepção destas políticas para que possam ser implementadas e, por conseguinte, possam as desigualdades ser diminuídas de forma satisfatória.

Diante desta necessidade de atitudes que visem à inclusão social de grupos desfavorecidos, com vistas a se reduzir as discriminações de forma efetiva, é que surgiram as ações afirmativas, que intentam diminuir os resultados das discriminações ocorridas no passado, compensando de certa forma estas minorias para que possam ter as mesmas igualdades de condições.

Estas ações afirmativas encontram-se na seara das medidas concretas para a implementação do direito à igualdade, buscando, destarte, acelerar o processo de igualdade de grupos desfavorecidos historicamente.

2.2 AÇÕES AFIRMATIVAS

As ações afirmativas tem sua raiz histórica advinda dos Estados Unidos da América, hoje já vem sendo adotadas em diversos países, inclusive no Brasil. Desta forma, como bem ressalta, o Ministro Joaquim Barbosa⁶:

⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. Cit., p. 38 e 39.

A introdução das políticas de ação afirmativa, criação pioneira do Direito dos EUA, representou em essência, a mudança de postura do estado, que em nome de uma suposta neutralidade, aplicava suas políticas governamentais indistintamente, ignorando a importância de fatores como sexo, raça e cor. Nessa nova postura passa o Estado a levar em conta tais fatores no momento de contratar seus funcionários ou de regular a contratação por outrem, ou ainda no momento de oferecer as oportunidades de acesso aos estabelecimentos de educação. Numa palavra, ao invés de conceber políticas públicas de que todas seriam beneficiários independentemente de raça, cor ou sexo, o Estado passa a levar em conta esses fatores na implementação das suas decisões, não para prejudicar quem quer que seja, mas para evitar que a discriminação, que inegavelmente tem um fundo histórico e cultural, e não raro se substrai ao enquadramento nas categorias jurídicas clássicas, finde por perpetuar as iniquidades sociais. As medidas governamentais assim concebidas são em geral qualificadas como *race-conscious measures* ou “*race-sensitive-measures*”.

As ações afirmativas, como uma forma de política social, seja ela pública ou privada, são⁷:

Além do ideal de concretização da igualdade de oportunidades, figuraria entre os objetivos almejados com as políticas afirmativas o de induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a ideia de supremacia e de subordinação de uma raça e, relação a outra, do homem em relação à mulher.

Impende salientar que as ações afirmativas devem ser voltadas a implementar a igualdade material entre os seres humanos que no passado sofreram discriminações, não podendo o Estado quedar-se cego e inerte a estas distinções arbitrárias, assim oportunos os ensinamentos do insigne jurista Joaquim Barbosa⁸:

À concretização do princípio constitucional da igualdade material e a neutralidade dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade.

As ações afirmativas tem como escopo diminuir os efeitos das discriminações que ao longo do tempo acabaram por marcar de forma indelével alguns grupos sociais discriminados em razão do sexo, raça ou cor, dentre outras, que hoje, em virtude destes acontecimentos do passado vivem de forma marginalizada.

⁷ GOMES. Joaquim B. Barbosa. Op. Cit. p. 44.

⁸ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. Cit. p. 6.

118 Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 5, n. 1, p. 113-122, jan./jun. 2011.

Desta forma, buscam as ações afirmativas uma maior harmonia entre estes diversos grupos, com o estabelecimento da diversidade e representatividade, evitando ou minimizando as discriminações, que são os tratamentos diferenciados.

Ao se fazer uma escolha por uma ação afirmativa é certo que não se está diante de uma opção de fácil aceitação, e para tanto, é imperioso que haja por parte da sociedade a conscientização necessária para a erradicação das desigualdades.

É no sentido material da igualdade que a discriminação positiva encontra sua guarida, sendo nesta seara que está a imposição ao Estado de realizar políticas que busquem a diminuição das desigualdades, visando assim a inserção das minorias em todas as esferas da sociedade.

Um dos reflexos mundiais doutrinários da tendência da adoção das ações afirmativas é a teoria do Impacto Desproporcional⁹:

A teoria do Impacto Desproporcional (Disparate Impact Doctrine) é um dos reflexos doutrinários da tendência mundial a adotar as ações afirmativas. Esta tem como princípio basilar proteger os cidadãos de toda a lei, atitude, prática, ou mesmo costume que estabeleça condições de desigualdade material, justamente medindo o impacto social desproporcional sobre determinada seara de pessoas que podem ser negros, homossexuais, mulheres, silvícolas e outros grupos que historicamente tem sido preteridos nas escolhas políticas e históricas. Esta teoria é interessante e pode ser entendida como uma proteção à ditadura da maioria, exigindo respeito ao mínimos direitos fundamentais, partindo entretanto do viés do resultado e da lesividade causada, o que reafirma o Estado Democrático de Direito.

Segue ainda, a mesma autora, Dayse Coelho de Almeida, acrescentando:

Um bom exemplo da utilização da teoria do impacto desproporcional é a avaliação para o ingresso em universidades por exame de proveniência escolar, ou seja, de quais escolas vem o aluno. Em primeira leitura parece isto ser absolutamente aceitável, entretanto considerando que a maioria negra provem de escolas consideradas de péssimo ou baixo nível, a medida que toma um novo cunho por que em resultado possibilitará apenas o ingresso de pessoas brancas, pelo menos em sua maioria esmagadora.

Assim o direito a igualdade deve ser calcado no sentido da eliminação das desigualdades, para que haja esta extirpação das desigualdades é preciso que se dê efetividade e aplicabilidade prática a este postulado, e as ações afirmativas, tem sido um forte instrumento capaz de pelo menos, minimizar os efeitos de tão injusta situação social.

⁹ ALMEIDA. Dayse Coelho. “Ações Afirmativas e Políticas de Cotas são expressões sinônimas? ”. site-fernanda em debian – rs. org. acessado em 20 de novembro de 2009.

No Brasil temos muitos exemplos de ações afirmativas, dentre eles estão; o Decreto-Lei nº 5452/43 (CLT), que prevê em seu artigo 354 a cota de dois terços de brasileiros para empregos de empresas individuais ou coletivas, artigo 353-A que prevê a adoção de políticas destinadas a corrigir as distorções responsáveis pela desigualdade de direitos entre homens e mulheres. Posteriormente, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, inciso XX, ao tratar da proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos, assim como artigo 37, inciso VII, onde se encontra previsto que a lei reservará um percentual de cargos e empregos públicos às pessoas portadoras de deficiências. Lei nº 8112/90, onde se encontra prescrito em seu artigo 5º, §2º, a previsão de cotas de até 20% para os portadores de deficiências nos serviços público civil da união. A Lei nº 8213/91 onde restou fixado em seu artigo 93, cotas aos portadores de deficiência, na seara do setor privado.

Temos ainda o Código Eleitoral, Lei nº 9504/97, que em seu artigo 10, §2º prevê a existência de cotas para mulheres, em suas candidaturas partidárias, e a lei que rege as licitações e contratações com a Administração Pública, Lei nº 8666/93, que estabelece em seu artigo 24, inciso XX, a inexigibilidade de licitação no caso de contratação de associações filantrópicas de portadores de deficiência¹⁰.

Ainda outros exemplos a serem considerados são o sistema de cotas para o ingresso em universidades públicas, assunto também muito polêmico e alvo de diversas controvérsias tendo inclusive sido propostas ações direitas de inconstitucionalidade, visando debater o tema.

Não obstante as muitas tentativas de inserir estes grupos marginalizados sejam mulheres, portadores de deficiência, negros, dentre outros, observa-se uma forte resistência a essas políticas, todavia é importante ressaltar que não se pode fechar os olhos para as discriminações perpetradas no passado frente a estes grupos e deixá-los a mercê da sorte, há que se tomar medidas concretas para erradicar as discriminações, e as ações afirmativas parecem ser o caminho a ser trilhado que tem se mostrado eficiente para que seja finalmente conjugada a igualdade formal com a material, e talvez somente assim possa-se um dia se alcançar a tão sonhada igualdade entre os seres humanos, com efetivo respeito a dignidade da pessoa humana.

¹⁰ ALMEIDA. Dayse Coelho. “Ações Afirmativas e Políticas de Cotas são expressões sinônimas? ”. site-fernanda em debian – rs. org. acessado em 20 de novembro de 2009.

¹²⁰ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 5, n. 1, p. 113-122, jan./jun. 2011.

3 CONCLUSÃO

Destarte, não há dúvida que a simples previsão nos textos normativos de que a todos deve ser dado tratamento igualitário não é suficiente, não passando os resultados de mera ficção.

Pelo que, é imperioso que possa a igualdade, elevada à égide de princípio constitucional ser realmente implementada e passe a ser uma realidade, a maneira de se alcançar este objetivo é a realização de políticas públicas e privadas aliadas à legislação.

Assim, advindo dos EUA as ações afirmativas se mostram um mecanismo, onde realidade e as previsões legais podem se encontrar e, por conseguinte, através destas medidas, podem ser minimizadas as discriminações arraigadas há muito tempo na história destes grupos desfavorecidos, sendo uma oportunidade de se resgatar o que ficou para trás, proporcionando a igualdade jurídica e social a grupos marginalizados seja por ser portador de deficiência, por sua condição social, sexo, raça ou cor.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA. Dayse Coelho. “Ações Afirmativas e Políticas de Cotas são expressões sinônimas? ”. site- fernanda em debian – rs. org. Acesso em: 20 nov. 2009.
- BOBBIO. Norberto. Liberdade dos Antigos e Modernos. A Democracia e a Igualdade. In Liberalismo e Democracia. Brasiliense. São Paulo. 1998.
- GOMES. Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. Renovar. Rio de Janeiro. 2001.
- MORAES. Alexandre. Direito Constitucional. 11ª Edição. Atlas. São Paulo. 2002.
- PIOVESAN. Flavia. “Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos”. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 20 nov. 2009.

ABSTRACT

For many years discussing the equality of human beings, however, the mere inclusion in legislation of standards that do mention the need for equal treatment has not proven a remedy to curb the right way and real inequalities. So a balance is needed between formal equality and material, which can only be made compatible through politics implemented in order to reduce these inequalities. Thus emerged in the U.S. affirmative action to show a measure once

adopted has the power to reduce inequalities perpetrated in the past to a group of marginalized minorities and may thus give them a form of integration in society fairly.

KEY-WORDS: Principle of formal equality; Principle of substantive equality; Affirmative Action.