

Cristiane de Lima Hosken

Bacharela em Direito

Oficiala do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

A expressão ação afirmativa, *affirmative action*, consagrada originariamente nos Estados Unidos, é atribuída ao ex-presidente norte-americano John F. Kennedy que, em 1961, além de proibir a diferentes instituições governamentais daquele país de cometerem contra candidatos a empregos atos discriminatórios orientados por sua cor, religião, sexo ou nacionalidade, estimulava ainda a fazerem uso da ação afirmativa na contratação de seus funcionários.

No governo de Lyndon Johnson (1963-1968), foram criados mecanismos e estratégias importantes, com a aprovação do *Civil Right Act*, visando à inibição das discriminações no mercado de trabalho, devendo ser observada pelos grandes e pequenos

empregadores, incluindo-se as universidades públicas e privadas.

No Brasil, o exemplo histórico ocorreu no governo de Getúlio Vargas. Em 1930, afirmando atender aos reclamos do movimento operário, Vargas promulgou a Lei da Nacionalização do Trabalho (Decreto n.º 19.482/30), com o objetivo de defender o trabalhador nacional da concorrência do estrangeiro. Por essa lei, o Estado brasileiro exigia que o quadro de trabalhadores empregados em estabelecimentos comerciais e industriais da época fosse formado, no mínimo, por dois terços de trabalhadores brasileiros, além de reduzir as cotas de imigração.

Joaquim B. Barbosa Gomes define ações afirmativas como:

um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego”.¹

Destaca-se ainda trecho do voto do Ministro Relator Luiz Fux, no REsp n.º 567873/MG:²

Como de sabença, as ações afirmativas, fundadas em princípios legitimadores dos interesses humanos reabre o diálogo pós-positivista entre o direito e a ética, tornando efetivos os princípios constitucionais da isonomia e da proteção da dignidade da pessoa humana, cânones que remontam às mais antigas declarações Universais dos Direitos do Homem. Enfim, é a proteção da própria humanidade, centro que hoje ilumina o universo jurídico, após a tão decantada e aplaudida mudança de paradigmas do sistema jurídico, que abandonando a igualização dos direitos optou, axiologicamente, pela busca da justiça e pela pessoalização das situações consagradas na ordem jurídica.

Teoricamente, as ações afirmativas têm como objetivos a consubstanciação do princípio da igualdade material assegurado na CR/88, sendo gradativamente inseridas na política social por meio da legislação e de práticas governamentais.

A CR/88, desde o seu Preâmbulo, preconiza o princípio da isonomia, instituindo um Estado Democrático de Direito que seja destinado a assegurar a igualdade e a justiça como valores supremos da República Federativa do Brasil, sendo, portanto, pressupostos existenciais para a garantia da redução das desigualdades sociais, promovendo o bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação, substancialmente formalizada, por exemplo, em seu artigo 5º, I, XXXII, LXXIV, art. 7º, XXX e XXXI, art. 170, VII, 205, entre outros.

Ressalte-se que a legislação adotou os deficientes físicos como o grupo cujo acesso ao serviço público e privado deve ser garantido pela fixação de cotas (Lei n.º 8.112/90) e, posteriormente, a Lei n.º 9.504/97, que destacou a participação feminina fixando cotas para candidatura partidária. Quanto à reserva de vagas nas universidades para estudantes negros, o destaque é a iniciativa da Universidade do Rio de Janeiro.

O Estado Democrático de Direito, calcado na idéia de igualdade como metadireito, estabelecendo uma Constituição que consagra sobretudo a indivisibilidade dos direitos fundamentais e dos princípios aplicáveis e variáveis de acordo com a situação concreta, permite-nos deferir disciplinas diversas para situações equivalentes, consignando, alfinim, a positivação dos direitos do homem.

Dessa forma, o princípio da igualdade deixa de ser limitado à igualdade perante a lei, passando a garantir a cada cidadão, oportunidades iguais para a realização dos seus próprios objetivos, dinamizando o princípio da isonomia.

Sobre a busca da igualdade, ensina-nos o professor Celso Antonio Bandeira de Mello que “o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia”. E ainda, sobre a outorga da materialidade ao conteúdo jurídico do princípio da igualdade, “a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”.³ Devem, portanto, aqui, serem considerados tanto os indivíduos quanto as circunstâncias externas, assegurando, ao menos, a possibilidade da busca da dignidade.

Destarte, as ações afirmativas no Brasil devem ser vistas como elementos propiciadores da superação daqueles que não participam política e democraticamente, devendo, ao peso da lei, garantir a igualdade procedimental e a inclusão social.

Notas Bibliográficas:

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. 40.

² <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=a%E7%E3o+afirmativa&processo=567873&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=1> acesso em 17.11.2005.

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. Ed. 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 9/10.