

Joaquim B. Barbosa Gomes – Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade: O Direito Como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA

Joaquim B. Barbosa Gomes - Affirmative Action and Constitutional Principle of Equality: The Right as Instrument of Social Transformation. The Experience of the USA

Joaquim B. Barbosa Gomes – Acción Afirmativa y Principio Constitucional de la Igualdad: el Derecho como Instrumento de Transformación Social. La Experiencia de los EUA

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 454 p.

ERIKA CAMARGO VEGNERS

Advogada. Mestranda em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Bolsista CAPES – Módulo I. e-mail: erikavegners@ig.com.br

Na obra "Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)", Joaquim B. Barbosa Gomes, Doutor em Direito Público pela Universidade de Paris–II (Panthéon-Assas) e recentemente nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal apresenta a ação afirmativa como um conjunto de instrumentos político-sociais que visa a concretização do princípio constitucional da igualdade, através de um tratamento diferenciado, justificado e temporário de alguns grupos em razão dos mesmos terem sido historicamente discriminados.

Para tanto, o autor inicia expondo um conceito geral de discriminação, entendido como a exaltação de certas diferenças em nível real ou imaginário que beneficia aqueles que a praticam. O autor estabelece uma tipologia da discriminação que permite dimensionar a complexidade do problema, indicando quais são os remédios disponíveis, os resultados práticos alcançados (no caso dos EUA, país sob análise na obra) e quais as discussões e críticas suscitadas.

Temos, delineadas as seguintes discriminações:

racial e de gênero: para definir estes dois tipos de discriminação o autor utiliza como respaldo normativo a Convenção Internacional para Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Nesse aspecto a obra se mostra limitada, em decorrência de não mencionar tantas outras formas de segregação social, como, por exemplo, a exclusão dos deficientes físicos e mentais, além de confundir conceitos como gênero e sexo ao longo das análises.

intencional (ou tratamento discriminatório): tipo de discriminação que para ser caracterizada depende da existência da intencionalidade. Nesse caso o ônus da prova compete àquele que alega ser vítima de discriminação. O ponto crucial da questão repousa no fato dessa discriminação estar sutilmente enraizada na psicologia humana, razão pela qual apenas a aplicação de normas de caráter proibitivo não elimina a segregação e o tratamento diferenciado dado às pessoas. A título de

exemplo, podemos citar a contratação de negros para a realização de serviços de segurança em festas particulares em virtude de (inconscientemente) gerarem o sentimento de truculência, brutalidade, violência e medo (ou, ao contrário, a contratação preferencial de brancos em postos de atendimento ao público de empresas privadas). O autor tece uma crítica ao sistema brasileiro que concentra sua política antidiscriminatória no Direito penal, no qual há uma maior dificuldade em comprovar a intencionalidade e abarca tão somente normas proibitivas, sem oferecer verdadeiras soluções.

por impacto desproporcional: prática de ordem empresarial, política ou governamental que se perpetua no âmbito legislativo ou administrativo. Independe de intenção discriminatória no momento da concepção, mas resulta em prejuízos a serem suportados por determinadas categorias de pessoas. Tal discriminação atua de modo a perpetuar as desigualdades existentes em razão dos fatores históricos e culturais. Um exemplo extraído do caso Bakke, decidido pela Suprema Corte em 1978 e traduzido no livro que apresentamos, é a reserva de cotas destinadas aos grupos segregados que buscam ingressar no estudo universitário. Tais cotas foram concebidas com o fim de cumprirem o papel da ação afirmativa, ou seja, concretizar o princípio constitucional da igualdade, dando oportunidade às classes segregadas de serem admitidas na instituição de ensino. O que ocorreu, no então, foi uma repulsa à medida e às pessoas por ela beneficiadas, tendo em vista que a ação promoveu a discriminação de outras classes proibidas de concorrerem nesse programa especial e o privilégio daqueles que tiveram na raça o único fator analisado no processo de admissão.

na aplicação do Direito: nesse tipo, que também comporta a ausência de intencionalidade, a discriminação ocorre quando da aplicação da norma, em virtude de possuir uma neutralidade no momento da elaboração, mas não da aplicação ou por ser aparentemente neutra, tendo sido concebida com a finalidade de discriminar certos grupos sociais. Os resultados da aplicação normativa é que demonstram a materialização da discriminação. Como exemplo temos no direito dos EUA o caso Yick Wo, no qual apenas 1% dos pedidos feitos por asiáticos à municipalidade para permitir a exploração de determinado comércio era

aceito, enquanto 99% dos pedidos feitos por pessoas brancas obtinham aprovação.

de fato: que pode ser pelo descaso das autoridades públicas ao se subtraírem à elaboração de políticas antidiscriminatórias, ou pela normalidade historicamente construída na sociedade que atua discriminando grupos segregados. No Brasil as políticas antidiscriminatórias são pouco elaboradas, o que gera no momento de sua aplicação a insignificante adesão por parte do grupo social (por exemplo, o caso do estabelecimento das cotas como instrumento de ação afirmativa para materialização do princípio da igualdade que não foi recepcionado positivamente pela sociedade e que, ainda hoje, se manifesta contrariamente a tal medida).

manifesta ou presumida: em alguns casos os atos discriminatórios são tão evidentes que dispensam comprovação por parte da vítima, ficando a cargo de dados estatísticos a demonstração da exclusão. A título de exemplo, no Brasil, a primeira nomeação de um negro para ministro do Supremo Tribunal Federal em seus 175 anos de existência ocorreu no presente ano, estando, atualmente no cargo o autor da obra ora analisada.

Conforme a obra de Joaquim B. Barbosa Gomes, os únicos casos em que se pode admitir a discriminação se apóiam na característica específica da atividade a ser exercida, (p. ex. admite-se candidatas femininas para guarda de presidio feminino), ou no caráter redistributivo e restaurador que busca corrigir situações de desigualdade construídas ao longo da história. Essa forma de discriminação, conhecida como “ação afirmativa”, é objeto do estudo apresentado.

Através de um olhar histórico, o autor explicita que o início da ação afirmativa esteve pautado apenas em um incentivo moral por parte do Estado, destinado às escolas, empresas, etc que considerassem fatores como a cor, a raça, o sexo no momento admissional e de composição dos quadros internos. Esta diretiva baseava-se na ideologia liberal-capitalista, pela qual cabe ao Estado tão somente uma postura de não intervenção em assuntos que são considerados como privados (matéria econômica, religiosa, relações familiares etc).

A partir do instante em que o Estado rompe com esta concepção, passa a realizar, paulatinamente, uma promoção da igualdade não apenas através de normas proibitivas ou inibitórias, mas também por meio de

ações afirmativas, como as cotas reservadas a grupos discriminados, a distribuição dos financiamentos públicos às empresas que promovam a igualdade, etc, não somente no âmbito público como também no privado.

Atualmente, a experiência dos EUA, analisada pelo autor, demonstrou que o país atingiu um patamar, no qual os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário nos três níveis de governo e também as iniciativas privadas vêm implementando políticas antidiscriminatórias rotineiramente, ainda que sob oposições e diversos debates, visto não se tratar de questão pacífica.

A obra, ainda, nos apresenta as bases filosófico-constitucionais sobre as quais a questão repousa e suas falhas, sendo:

justiça compensatória: as ações afirmativas se justificam em razão de repararem ou compensarem as injustiças cometidas no decorrer da história contra alguns grupos sociais. Sua falha reside no fato de ser a vítima o titular do direito de postular a reparação do dano sofrido e não o Estado, além de dever cobrar de um autor determinado que agiu com dolo e não toda sociedade;

justiça distributiva: distribuem-se direitos, ônus, riquezas, vantagens entre toda a sociedade. Diferencia-se da compensatória na medida em que visa a justiça no presente, não sendo retroativa ao buscar compensar os danos causados no passado. A falha se encontra na dificuldade em se identificar qual o fator realmente responsável pela discriminação atual.

Uma característica particularmente marcante da obra é o modo com que o autor esclarece e situa historicamente ao leitor o sistema governamental dos EUA, o qual difere completamente do sistema brasileiro. Possuir um conhecimento básico sobre a questão é de suma importância em razão da obra desenvolver uma análise teórica minuciosa sobre os casos práticos trazidos ao debate.

A obra oferece ao público brasileiro acesso aos principais julgados da Corte Suprema dos Estados Unidos na área educacional, contratual e empregatícia, que versam sobre discriminações em virtude do sexo, da

raça, da cor e da origem nacional. O autor apresenta os acórdãos em sua íntegra e traduzidos para o português, permitindo que o leitor possa estudar de perto a questão nos Estados Unidos e usar esse material no âmbito do recente debate brasileiro sobre cotas nas Universidades e, geralmente, no setor público.

Na educação o principal caso estudado é *Regents of the University of California v. Bakke*, através do qual forma-se a diretriz sobre a raça como um *plus* na seleção escolar que deve ser somada a outros fatores, não devendo ser analisada isoladamente e, além disso, a determinação de que o sujeito que pertence a qualquer classe segregada deve competir com todos e não somente com os de seu grupo. Em outras palavras, a visão da Corte no acórdão *Bakke* admite a constitucionalidade das ações afirmativas em compensação de injustiças e discriminações do passado, mas não admite uma estrita política de “cotas” que equivalem a uma reserva de mercado e violam, nos olhos da Corte, o princípio da igualdade.

Observemos que essa linha de raciocínio foi em geral mantida em dois acórdãos da Suprema Corte de 2003 sobre a ação afirmativa na educação (casos *Grutter vs. Bollinger*¹ e *Gratz v. Bollinger*²). Na área contratual vários são os casos analisados, em especial o *Fullilove v. Klutznick*, no qual observa-se a atuação da corte a fim de dirimir questões sobre programas que visam inserir uma minoria discriminada no campo dos negócios (*minority business enterprise*).

Finalmente, no que diz respeito às relações de emprego, o caso *Griggs v. Duke Power Co* que discute sobre o critério utilizado para ascensão ao cargo (teste de inteligência) e que discriminava os negros pelo fato de terem sua formação comprometida em razão das instituições que frequentaram, demonstra qual o posicionamento assumido pela Corte Suprema dos EUA.

O autor encerra suas argumentações expondo as controvérsias de ordem política, filosófica, prática e jurídica ainda hoje existentes sobre a ação afirmativa. Alguns exemplos desse debates são encontrados na Suprema Corte que vem assumindo uma postura con-

¹ Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&navby=case&vol_0&invol_-516>.

² Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&navby=case&vol_0&invol_-241>.

servadora respaldada na ideologia da ala tradicional, atualmente contrária às medidas pró-igualdade, enquanto o Congresso opta por não tomar nenhuma atitude contra as ações afirmativa, visto haver diversidade de opiniões entre os partidos.

Outro exemplo que demonstra que o problema da discriminação ainda não está resolvido frente à aplicação das ações afirmativas são “falsas vítimas” presentes

no argumento das controvérsias práticas. No âmbito desse debate, se abre a discussão sobre os instrumentos antidiscriminatórios beneficiarem os segregados que se encontram nas classes médias e altas, mas raramente nas baixas. Em outras palavras, as ações afirmativas são aproveitadas por aqueles que, embora seja vítima de discriminação, estão em nível melhor do que outros que, de forma alguma, usufruirão de tais medidas.

TRAMITAÇÃO DO TRABALHO

Recebimento:	17/09/2003
Organizador temático:	21/09/2003
Parecerista:	22/11/2003
Aprovação:	28/11/2003