REGINA MARIA VASCONCELOS DUBUGRAS

MATRÍCULA USP 1919222

**AS MEDIDAS DE AÇÃO AFIRMATIVA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO:
POR UM SISTEMA DE METAS**

TESE DE DOUTORADO

Pós-Graduação: *Strictu senso*.

Área de Concentração: Direito do Trabalho e Seguridade Social

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Guimarães Feliciano

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE
SÃO PAULO**

São Paulo

2013

Prof. Dr. João Grandino Rodas
Reitor da Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Antonio Magalhães Gomes Filho
Diretor da Faculdade de Direito

Prof. Dra. Walküre Lopes Ribeiro da Silva
Chefe do Departamento de

Presidente Professora Dra. Monica Herman Salem Caggiano

Vice-Presidente Professor Dr. Estevão Mallet

Comissão de Pós-Graduação em Direito

REGINA MARIA VASCONCELOS DUBUGRAS

**AS MEDIDAS DE AÇÃO AFIRMATIVA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO:
POR UM SISTEMA DE METAS**

Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito do Trabalho.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Guimarães Feliciano

São Paulo

2013

DEDICATÓRIA:

Aos meus pais, pelo amor e dedicação.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador Guilherme Guimarães Feliciano, por ter acreditado em meu projeto.

*Os fins não justificam os meios, os fins devem aprimorar os
meios.*

RESUMO

A garantia da igualdade implica a proibição da discriminação. Algumas normas internacionais criaram exceções à proibição de discriminar com o objetivo de permitir a adoção de medidas especiais ou positivas de caráter transitório para acelerar o desenvolvimento e a representação de grupos e categorias que, por motivos discriminatórios, se encontrem em posição de desvantagem diante dos demais. Cabe ao Estado eleger os grupos beneficiários e as medidas de ação afirmativa adequadas para atingir o fim almejado. A constitucionalidade das medidas de ação afirmativa depende da análise em concreto de cada tipo quanto à compatibilidade com os demais direitos e garantias fundamentais por se tratar de medida de exceção quanto à proibição de discriminar. As políticas públicas que incluam medidas de ação afirmativa devem se pautar pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para que a busca da igualdade material não implique o paradoxo de criar novas desigualdades. A política de reserva de vagas por meio de cotas não é o tipo de ação afirmativa mais adequada ao Brasil. As cotas raciais são incompatíveis com a realidade brasileira, carecendo de proporcionalidade na medida em que não se prestam ao fim colimado no tocante ao combate à discriminação e ao preconceito. A formulação de uma política participativa com incentivos à representatividade de grupos sub-representados por meio de metas e cronogramas sem qualquer viés racial tende a atingir melhores resultados sem que o Estado institucionalize a racialização por meio da discriminação reversa.

Palavras-chave: Ação Afirmativa, ações positivas, reserva de vagas, cotas raciais, cotas sociais, pessoas com deficiência, metas e cronogramas, multiculturalismo, políticas de reconhecimento, igualdade de tratamento e oportunidades, relações de trabalho, meios adequados, razoabilidade e proporcionalidade.

ABSTRACT

The equality safeguard implies a ban on discrimination. Some international standards have created exceptions to the ban on discrimination to enable the adoption of special or positive measures, transient in nature, and speed up the development and representation of groups and segments that, because of discrimination, would be at a disadvantage before others. It falls to the government to choose the beneficiaries as well as the appropriate affirmative-action measures to achieve the desired outcome. The constitutionality of affirmative-action measures depends on a concrete analysis of the compatibility of each type with the other fundamental rights and safeguards since this is an exception to the ban on discrimination. Any policies that include affirmative-action measures must follow the principles of reasonableness and proportionality so that the search for material equality does not entail an inequality-creating paradox. The racial-quota policy is not the appropriate type of affirmative action for Brazil. Racial quotas are incompatible with the Brazilian reality and lack proportionality as they fail to counter discrimination and bigotry. Devising a participatory policy that encourages the representation of underrepresented groups through goals and timetables without any racial bias tends to achieve better results and the government does not have to institutionalize racialization through reverse discrimination.

Key-words: Affirmative Action, positive action, policies, employment, university, multiculturalism, quotas, goals, timetable, equality, opportunity, preferential, diversity, society, race.

SUMÁRIO

RESUMO

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I MULTICULTURALISMO E POLÍTICAS DE RECONHECIMENTO, 15

1 MULTICULTURALISMO COMO FORMA DE POLÍTICA DE TRATAMENTO DA DIVERSIDADE, 15

2 POLÍTICAS PÚBLICAS MULTICULTURAIS E POLÍTICAS DE RECONHECIMENTO, 16

3 POLÍTICAS UNIVERSALISTAS, POLÍTICAS DE RECONHECIMENTO E POLÍTICAS MISTAS, 21

CAPÍTULO II NORMATIZAÇÃO INTERNACIONAL, 25

1 GARANTIAS DE POLÍTICAS ANTIDISCRIMINATÓRIAS, 25

2 A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT, 27

2.1 ESTRUTURA E ATUAÇÃO, 27

2.2 NORMAS DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO SOBRE A DISCRIMINAÇÃO, 30

3 A DISCRIMINAÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA, 35

3.1 TRAJETÓRIA DA UNIÃO EUROPEIA, 36

3.2 SUCESSÃO DOS PRINCIPAIS ATOS, 39

3.3 DIREITO COMUNITÁRIO, 40

3.4 O DIREITO À IGUALDADE E A NÃO DISCRIMINAÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA, 44

4 A DISCRIMINAÇÃO NO MERCOSUL, 51

CAPÍTULO III DISCRIMINAÇÃO, 53

1 PROTEÇÃO CONTRA A DISCRIMINAÇÃO E GARANTIA DA IGUALDADE DE OPORTUNIDADES, 53

2 DISCRIMINAÇÃO - CONCEITO E FUNDAMENTOS, 55

3 COLETIVOS DISCRIMINÁVEIS – PROTEÇÃO GENÉRICA E ESPECÍFICA, 57

4 A TRANSVERSALIDADE COMO CONCEITO DE IGUALDADE SOB A PERSPECTIVA DA IGUALDADE DE GÊNERO, 58

5 FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO, 60

5.1 DISCRIMINAÇÃO DIRETA, 62

5.2 DISCRIMINAÇÃO INDIRETA, 63

6 DISCRIMINAÇÃO LEGALMENTE JUSTIFICADA, 64

6.1 DISCRIMINAÇÃO E NECESSÁRIA QUALIFICAÇÃO OCUPACIONAL, 66

6.2 DISCRIMINAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO E EQUILÍBRIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, 68

6.3 DISCRIMINAÇÃO E ACESSO – AÇÕES POSITIVAS, 70

CAPÍTULO IV AÇÕES POSITIVAS OU MEDIDAS DE AÇÃO AFIRMATIVA, 72

1 FUNDAMENTOS E OBJETIVOS DAS MEDIDAS DE AÇÃO AFIRMATIVA, 72

2 DESTINATÁRIOS DAS MEDIDAS DE AÇÃO AFIRMATIVA, 76

3 LIMITES E CAUTELAS, 77

4 CLASSIFICAÇÃO DAS MEDIDAS DE AÇÃO AFIRMATIVA, 78

4.1 QUANTO À ORIGEM, 79

4.2 QUANTO AOS OBJETIVOS, 80

4.3 QUANTO AO TIPO, 81

5 MEDIDAS DE AÇÃO AFIRMATIVA SEGUNDO AS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS, 83

5.1 MEDIDAS DE AÇÃO AFIRMATIVA JUNTO À ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 85

5.2 AÇÕES POSITIVAS NA UNIÃO EUROPEIA, 87

6 REFERÊNCIAS SOBRE MEDIDAS DE AÇÃO AFIRMATIVA EM OUTROS PAÍSES, 92

6.1 ÍNDIA, 92

6.2 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 94

6.2.1 Decisões Paradigmáticas da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, 98

6.3 ÁFRICA DO SUL, 100

6.4 CANADÁ, 102

6.5 IRLANDA DO NORTE, 104

CAPÍTULO V – MEDIDAS ESPECIAIS E AÇÃO AFIRMATIVA NO BRASIL,
106

1 CONSTITUIÇÃO DE 1988, 107

2 ACESSO À EDUCAÇÃO NAS ESCOLAS TÉCNICAS FEDERAIS E UNIVERSIDADES, 112

2.1 ARGUMENTOS SOBRE A ADOÇÃO DE COTAS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS, 114

2.2 ARGUMENTOS SOBRE A SEPARAÇÃO DE NEGROS COMO BENEFICIÁRIOS, 114

2.3 ARGUMENTOS SOBRE A ELEIÇÃO DE ESTUDANTES ORIUNDOS DE ESCOLA PÚBLICA, 115

2.4 JURISPRUDÊNCIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 116

2.5 LEI Nº 12.711 DE 29 DE AGOSTO DE 2012 - INGRESSO NAS ESCOLAS TÉCNICAS E UNIVERSIDADES FEDERAIS, 119

2.6 LEI Nº 11.096/2005 – PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS – PROUNI, 121

2.7 - LEI Nº 12.288/2010 – ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL, 122

3 PARTICIPAÇÃO DAS MULHERES NAS DECISÕES POLÍTICAS, 124

4 MEDIDAS ESPECIAIS DE PROTEÇÃO À IDADE AVANÇADA, 127

CAPÍTULO VI – MEDIDAS ESPECIAIS DE PROTEÇÃO E AÇÃO AFIRMATIVA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL, 128

1 NORMAS INTERNACIONAIS E CONSTITUCIONAIS, 128

2 CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO – CLT, 130

3 LEI Nº 9.029/95 – PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS, 134

4 DECRETO Nº 4.228/95 AÇÕES AFIRMATIVAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL, 135

5 LEI Nº 12.288/2010- ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL, 136

6 PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, 138

6.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 141

6.2 LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL, 142

6.3 O TRABALHO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA ÁREA PRIVADA –
LEI Nº 8.213/91, 146

**CAPÍTULO VII – INADEQUAÇÃO DO SISTEMA DE COTAS PARA O
BRASIL: POR UM SISTEMA DE METAS, 149**

**1 AS MEDIDAS DE AÇÃO AFIRMATIVA COMO POLÍTICA PÚBLICA NO
BRASIL, 149**

2 INADEQUAÇÃO DO SISTEMA DE COTAS PARA O BRASIL, 152

2.1 APLICAÇÃO RESTRITIVA DO SISTEMA DE COTAS SEGUNDO A
CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 155

2.2 AUSÊNCIA DE REGRAS DE COMPETÊNCIA PARA FIXAÇÃO DE COTAS, 158

2.3 INCOMPATIBILIDADE DAS COTAS COM AS MEDIDAS TEMPORÁRIAS, 160

2.4 COTAS RACIAIS, 161

2.4.1 Diferenças entre o Brasil e Paradigmas, 166

2.4.2 Identificação dos Beneficiários, 169

2.4.3 Tendências Laborais, 175

2.5 COTAS SOCIAIS, 176

2.6 COTAS PARA INDÍGENAS, 179

2.7 COTAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, 181

2.7.1 Cotas Para Empresas Privadas, 185

3 METAS E CRONOGRAMAS, 188

3.1 CONSTITUCIONALIDADE, 190

3.2 ADEQUAÇÃO, 191

3.3 EFICIÊNCIA, 192

3.4 PROPORCIONALIDADE, 193

3.5 EFETIVIDADE DO SISTEMA DE METAS E CRONOGRAMAS, 194

3.6 DIFERENÇAS ENTRE A FIXAÇÃO DE COTAS E O SISTEMA DE
METAS E CRONOGRAMAS, 195

CONCLUSÃO, 197

BIBLIOGRAFIA, 203

INTRODUÇÃO

As medidas de ação afirmativa no Brasil são, geralmente, identificadas como medidas de reserva de vagas, já que o debate sobre o tema é mais intenso no que se refere ao acesso às universidades públicas brasileiras como centro da política de cotas. Contudo, as medidas de ação afirmativa abrangem um conjunto de políticas e ações de aceleração do desenvolvimento social, dentro do qual a fixação de cotas é apenas uma espécie.

Escrever sobre “medidas de ação afirmativa nas relações de trabalho” implica estudar os vários tipos de medidas especiais e afirmativas presentes na legislação nacional em consonância com os Tratados e Convenções Internacionais, bem como vislumbrar um caminho para que os argumentos jurídicos, políticos, ideológicos, sociais, antropológicos e econômicos venham contribuir para a construção de um modelo eficaz dentro do Direito do Trabalho, considerando não apenas os institutos já existentes, mas também as alterações iminentes dentro desta seara.

A reflexão, a pesquisa e o debate como resultado da produção universitária devem construir a multiplicidade de ideias que servirão de base não apenas para a interpretação e aplicação das normas jurídicas, mas também para a produção legislativa e formulação de políticas públicas guiadas por um novo instituto que se edifica. A construção do modelo brasileiro de ação afirmativa requer a análise crítica dos modelos internacionais, sobretudo, para inibir o mimetismo e adaptações superficiais, que não consideram as diferenças históricas e culturais entre o Brasil e os paradigmas adotados. A ponderação de valores e a visão perspectiva e teleológica são fundamentais para a eficiência das medidas escolhidas e para repercussão positiva destas sobre os valores da sociedade.

Na definição de suas políticas públicas de promoção da igualdade material por meio de medidas de ação afirmativa, o Estado brasileiro deve definir suas metas e criar o seu próprio modelo levando em conta sua história, suas peculiaridades, seus principais problemas e entraves para o desenvolvimento. Existem vários caminhos em que as medidas de ação afirmativa podem ser instituídas e um grande número de razões pelas quais elas podem ser necessárias. Para se fazer a melhor escolha é necessário analisar cada tipo de ação afirmativa em concreto quanto à legalidade, à adequação, ao equilíbrio entre os direitos fundamentais, à eficácia no tocante aos fins planejados, à legitimidade dos beneficiários, aos valores, à ideologia e aos interesses do grupo em sua maioria, e não apenas daqueles politicamente articulados.

A busca incansável de uma sociedade mais justa e igualitária deve ter como norte os princípios e garantias da Constituição Federal em seu conjunto. O senso comum de justiça é imprescindível ao Estado Social na escolha dos meios adequados, viáveis, razoáveis e proporcionais para alcance do fim almejado. O Estado proativo não pode correr o risco do paradoxo de interferir de forma inadequada para combater desigualdades com outras desigualdades, em nome de uma futura e hipotética igualdade material. Os meios não justificam os fins, os fins devem aprimorar os meios.

Asseverar que as medidas de ação afirmativa são compatíveis com a Constituição Federal brasileira não significa dizer que todo e qualquer tipo de ação afirmativa oriunda de instituições públicas ou privadas estão em consonância com o sistema jurídico brasileiro. O contrário seria permitir a violação do princípio geral da não discriminação e facultar a arbitrariedade quanto à eleição de todo e qualquer grupo como beneficiário de um tratamento de exceção, segundo os valores, interesses e convicções de quem o elege. É imprescindível o controle da constitucionalidade e da legalidade dos atos jurídicos estatais e privados em respeito às normas constitucionais que regem a segurança jurídica e que delimitam a atuação de cada Poder de Estado.

O direito do trabalho deve estar atento para a tendência iminente da ampliação das medidas de ação afirmativa nas relações de trabalho. A análise crítica dos modelos já existentes é imprescindível para que não se adotem medidas cujos efeitos perversos construam o paradoxo de intensificar a discriminação, em lugar de erradicá-la.

O Brasil deve adotar uma política participativa de ação afirmativa que resulte na edificação de um sistema integrado pela atuação dos mais diversos institutos públicos e privados, no qual se definam metas e cronogramas pautados pela credibilidade e comprometimento dos envolvidos. Vislumbra-se um sistema negociado, em lugar de imposto; sob incentivo, em lugar de apenado; sob cooperação, em lugar de obrigação; com vista na dignidade de todos os seres humanos, em lugar de racialização ou segmentação institucionalizada ao arrepio da Constituição Federal. Desta forma, o Brasil poderá alcançar o objetivo de construir uma sociedade plural e sem discriminação, na qual o respeito à dignidade humana venha da alma e não apenas do comportamento superficial pelo medo da punição.

CAPÍTULO I MULTICULTURALISMO E POLÍTICAS DE RECONHECIMENTO

1 MULTICULTURALISMO COMO FORMA DE POLÍTICA DE TRATAMENTO DA DIVERSIDADE

O multiculturalismo é um fenômeno da teoria social e política comum aos países modernos, pois, mesmo não constando das respectivas ideologias ou agendas políticas, tais países geralmente enfrentam os clamores de grupos de pessoas que dividem práticas identitárias diferentes da maioria, nos Estados dos quais fazem parte. O pluralismo, no sentido da multiplicidade de etnias, religião e cultura, tem criado o que se pode chamar de “circunstância do multiculturalismo” como um contexto integrado pelos problemas desenvolvidos pelas diferenças de grupos e pelas formas de endereçamento destes, conforme descrito pelas teorias multiculturalistas. A circunstância do multiculturalismo parece ir além do fato de haver sociedades com mais de uma cultura, pois envolve também o conflito de ter uma cultura que é subordinada à outra¹.

O Estado “moderno”, constitucional liberal, se afirma no Ocidente sob o pressuposto, geralmente tácito, de homogeneidade cultural organizada em torno de valores universais seculares, não obstante se reconheça que são multiculturais. Dentro deste contexto, o Estado traduz uma variedade de articulações, ideias e práticas sociais que podem levar à classificação do multiculturalismo como:

- a) conservador: insiste na assimilação dos valores, tradição e costumes da maioria;
- b) liberal: busca integrar diferentes grupos culturais ao *mainstrain* da sociedade majoritária, tolerando práticas culturais particularizadas apenas no domínio privado;
- c) pluralista: avalia diferenças grupais em termos culturais e concede direitos a grupos distintos dentro de uma ordem política comunitária ou mais comunal;

¹ KELLY, Paul. Multiculturalism Reconsidered: Culture and Equality and its Critic. Cambridge: Polity Press, 2002, p. 1-17.

d) comercial: pressupõe que o reconhecimento público da diversidade faz com que os problemas de diferença cultural sejam resolvidos no consumo privado, sem qualquer necessidade de intervenção estatal direta na distribuição de poder e de recursos;

e) crítico ou revolucionário: enfoca o poder, o privilégio, a hierarquia das opressões e os movimentos de resistências².

As políticas multiculturalistas ou de reconhecimento traduzem a opção de tratamento da diversidade dando a esta uma resposta normativa. No tocante aos grupos destinatários, o multiculturalismo pode estar restrito à diversidade comunal decorrente da história que se pretende conservar, no próprio ou em outros territórios, como, por exemplo, o caso dos indígenas. Contudo, alguns autores argumentam que o multiculturalismo abrange também grupos com interesses comuns que clamam por reconhecimento, como por exemplo, mulheres, homossexuais, grupos étnicos, etc. Assim, as políticas públicas podem se direcionar para o multiculturalismo, tanto adotando uma conceituação mais restrita, como no caso da “diversidade comunal”, como para o reconhecimento de demandas de grupos por padrões identitários ou de *status quo*. Dentro deste conceito mais amplo de multiculturalismo, ou especificamente voltado para as políticas de reconhecimento, situam-se as medidas de ação afirmativa³.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS MULTICULTURAIS E POLÍTICAS DE RECONHECIMENTO

Multiculturalismo e diversidade são expressões utilizadas com os mais variados sentidos na sociedade atual, daí a importância de enfrentar as teorias desenvolvidas sobre o tema para assumir um sentido que será seguido no decorrer do trabalho. Definindo multiculturalismo como conjunto de estratégias e políticas adotadas para governar ou administrar problemas de diversidade e multiplicidade gerados pelas sociedades multiculturais, serão adotadas aqui algumas correntes teóricas sobre a relação entre multiculturalismo, liberalismo igualitário e justiça social. Para este propósito, seguem as ideias de Bhikhu Parekh, Brian Barry e Will Kymlicka.

² Idem.

³ Idem.

Parekh⁴ definiu muito bem a diversidade, classificando-a em três tipos: *diversidade comunal*, *diversidade perspectiva* e *diversidade subcultural*. Na chamada *diversidade comunal*, o autor se refere a grupos com características oriundas da história de longa data e com modo de vida entranhado e sustentado por uma cultura pela qual as pessoas entendem a si mesmas e se organizam individual e coletivamente. Estas pessoas pretendem preservar as raízes e transmiti-las, formando verdadeiras comunidades culturais. O autor oferece exemplos como antigos e novos imigrantes, judeus, ciganos, amishes, grupos indígenas que vivem em territórios definidos e concentrados, bascos, etc. A estes grupos podem-se acrescentar os mulçumanos.

Como *diversidade perspectiva* o autor identifica aquela oriunda da crítica aos valores da cultura prevalecente. Nela, os membros, embora sem elementos culturais distintivos, se agrupam para reconstituir a cultura de um modo que entendem mais adequado, como por exemplo, as feministas, ambientalistas, etc., que formam grupos divergentes da cultura dominante e se identificam por idéias e afinidades de valores.

Por *diversidade subcultural* o autor enquadra aqueles indivíduos que, apesar de dividirem a mesma ampla cultura comum, possuem diferentes crenças e práticas e distintos modos de vida. Estes dividem o sistema dominante de valores e significados e buscam demarcar espaços dentro dele para seus estilos de vida diferentes; não representam uma cultura alternativa, mas procuram pluralizar a existente, como exemplo os *gays*, lésbicas e aqueles que seguem estilos de vida não convencionais, como pescadores, mineiros, etc.

Sem embargo da qualidade da definição do autor, parece mais adequado incluir os homossexuais, mulheres, negros e outras etnias, imigrantes recentes e deficientes físicos no segundo grupo, deixando para o terceiro grupo apenas os que se identificam por motivos religiosos e profissionais, que se inserem na sociedade dominante guardando seus valores, mas sem estarem vinculados necessariamente à história que pretendem preservar.

Para Parekh, há diferenças entre as sociedades multiculturais das multiculturalistas, pois destas se exige uma resposta normativa às diversas culturas presentes que fazem demandas próprias em nome de sua cultura, já que não desejam assimilar a cultura dominante. Segundo o mesmo autor, o multiculturalismo só se refere ao grupo que identifica como diversidade comunal, que deveria ser pensado como uma estrutura de autoridade construída

⁴ PAREKH, Bhykhu. *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*, UK, Macmillan, 2000.

consensualmente, um conjunto coletivo e aceitável de direitos constitucionais, um Estado justo e imparcial, uma cultura comum multiculturalmente constituída, uma educação multicultural, uma visão plural e abrangente da identidade nacional, ou seja, um Estado baseado no pluralismo que não se serviria da estrutura e valores das sociedades liberais. No tocante aos demais grupos, Parekh entende que não seriam propriamente alcançados pelo multiculturalismo, mas, sim, por políticas de reconhecimento.

Brian Barry⁵ defende uma cultura universalista sobre o igualitarismo liberal, ou liberalismo igualitário, que propõe dar dignidade para os cidadãos independentemente de diversidade cultural. Entende que as privações independem de características grupais e defende uma política que ofereça oportunidades para todos, sem considerar etnia ou religião. À sociedade – aos cidadãos como um corpo coletivo – cabe a responsabilidade de dar forma a uma estrutura institucional que propicie aqueles direitos e oportunidades para todos, “sem distinção de qualquer tipo, tais como raça, etnia, sexo ou religião” ⁶, o que alguns definiriam como um liberalismo cego às diferenças. Acentua, portanto, que o liberalismo nasceu exatamente como uma proposta de tratamento equitativo para os adeptos do catolicismo e do protestantismo sob instituições comuns. Segundo esta teoria, a desativação do potencial de conflitividade das diferenças culturais passa por despolitizá-las e por deixar que sua sobrevivência dependa basicamente da disposição de seus adeptos de fazer uso dos mesmos recursos institucionais que estão disponíveis para todos⁷.

Para Kymlicka⁸, o multiculturalismo pode se servir da estrutura do Estado liberal e conter políticas que abranjam vários grupos, pela transformação dos Estados poliétnicos e pela acomodação da diversidade; assim, tais políticas devem ser guiadas pelos valores dos direitos humanos. Esta teoria rejeita o Estado como uma entidade composta por um grupo nacional, mas a vê como a reunião de vários cidadãos integrantes de diferentes culturas que refuta as políticas nacionais das quais decorre a imposição direta ou indireta de assimilação da cultura dominante. Assim, compõem o Estado de forma que os grupos diversos tenham acesso a todas as

⁵ BARRY, Brian. *Culture and Equality: An Egalitarian Critique of Multiculturalism*. Cambridge-Mass: Harvard University, 2001.

⁶ VITA, Álvaro. *Liberalismo Igualitário e Multiculturalismo: sobre Brian Barry. Culture and Equality*. São Paulo: Lua Nova, 2002.

⁷ Idem, p. 10.

⁸ KYMLICKA, Will. *Multicultural Odyseys*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

instituições sem serem obrigados a negar a identidade etnocultural, composta pela história, língua, crenças e costumes.

Kymlicka reconhece a injustiça histórica em referência à assimilação e exclusão e tem como propósito oferecer algum tipo de remédio ou retificação. Inclui como grupos de diversidade os indígenas, imigrantes, antigas e novas minorias nacionais, etc., e procura conciliar o liberalismo com as exigências de reconhecimento de minorias nacionais como um liberalismo hospitaleiro às diferenças.

Embora se entenda defensável que o multiculturalismo, propriamente dito, possa ter um sentido mais restrito, como na proposição de Parekh, parece adequado aos propósitos deste estudo adotar uma interpretação mais ampla, ao utilizar o termo para definir não somente a diversidade chamada comunal, como também a diversidade subcultural e a diversidade perspectiva, ou seja, de pessoas que compartilham alguns valores da sociedade dominante, mas se identificam para reconstruir a cultura do modo que entendem mais adequada à realidade, mais aberta, mais inclusiva e mais equilibrada, inserindo o que precisamente se pode chamar de política de reconhecimento.

A identidade do ser humano é moldada pelo reconhecimento ou falta dele, ou ainda pelo reconhecimento errôneo pelo qual a sociedade ao redor devolva um quadro redutor, desmerecedor ou desprezível a ponto de adotar uma imagem depreciativa de si mesmo, provocando a internalização de um quadro de sua própria inferioridade. O discurso do reconhecimento pode ser identificado em dois planos: o primeiro, na esfera íntima em que se compreende que a identidade decorre do diálogo e luta com outros significativos; o segundo, na esfera pública pela política da identidade igual, realçando a interligação entre ambos⁹.

A política de reconhecimento é mais do que a política das diferenças, e tem sido justificada a partir do fundamento de que a discriminação histórica criou um padrão no âmbito do qual os desfavorecidos lutam com desvantagens. Diante da negativa histórica da igualdade humana, a política de reconhecimento requer mais do que uma mera política de igual valor, pois esta pressupõe que se trate a todos igualmente, cegos às diferenças. Para a política de reconhecimento há necessidade de reconhecer as diferenças e promover particularidades. O objetivo normativo da política de reconhecimento parece não ser mais apenas remover as

⁹ HONNETH, Axel. Reconhecimento ou redistribuição? A mudança de perspectivas na ordem moral da sociedade. In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (orgs.). Teoria Crítica no século XXI. São Paulo: Annablume, 2007.

formas de desigualdade social e econômica, mas a anulação da degradação e do desrespeito, passando do conceito de redistribuição das necessidades materiais para o reconhecimento da dignidade pessoal de todos os indivíduos¹⁰.

Por intermédio de uma dialética negativa, Honneth (2007) apresenta três etapas de reconhecimento, de modo que a cada negação de um direito corresponda uma demanda por reconhecimento que resultará no desenvolvimento de uma fase da consciência moral de cada indivíduo. A primeira negação seria sentida por meio das humilhações físicas, como a tortura ou estupro, que privam o ser humano da autonomia corporal. O reconhecimento positivo se daria pelo desenvolvimento da *autoconfiança* corporal, do cuidado emocional, do amor. Tal reconhecimento deve se desenvolver no seio das relações sociais primárias: na família, entre amigos e no amor¹¹.

A segunda negação seria sentida por meio da negação dos direitos e pela exclusão social, que afeta a dignidade daqueles que não podem atuar como pessoas plenas na sociedade. O reconhecimento ocorre quando, reciprocamente, todos se consideram portadores de iguais direitos. No caso do reconhecimento legal, Honneth afirma que são dadas considerações legais às diferenças nas oportunidades disponíveis, e também se garante que os grupos excluídos tenham os mesmos direitos que os outros membros da sociedade. Este é o reconhecimento dos sujeitos como sujeitos de direito, tanto no plano moral quanto no plano material, de modo que sejam dadas garantias para que o sujeito tenha a sua intersubjetividade respeitada, como também garantias de sua sobrevivência material¹².

“A terceira negação é a da depreciação do valor social das formas de auto-realização, que não permitem que os sujeitos obtenham a estima social a partir da realização das habilidades adquiridas por eles ao longo de suas vidas.” (HONNET, 2007). O reconhecimento implicaria o sentimento de autoestima desenvolvido quando os indivíduos sentem uma aceitação solidária de suas habilidades e de seu estilo de vida¹³.

¹⁰ Idem.

¹¹ SANTOS, Gislene Aparecida dos. As políticas multiculturais e o reconhecimento de identidades como novas formas de contrato social e efetivação da justiça. São Paulo: CCJUR Em Revista, 2010.

¹² Idem.

¹³ Idem.

Honneth mostra como esses três padrões de reconhecimento (*amor, ordem legal e solidariedade*) garantem a dignidade dos indivíduos e sua auto-realização, e são construídos dentro de uma concepção formal de boa vida que assegure, com esses padrões de reconhecimento, que os indivíduos possam se relacionar entre si nas formas positivas da *autoconfiança*, do *auto-respeito* e da *autoestima*, sempre que se encontrarem, em qualquer sociedade. Desta forma, o autor pretende demonstrar como, por meio destes três níveis de reconhecimento, se garantem não só o reconhecimento das especificidades de cada povo e cultura como a distribuição igualitária, na medida em que se associam à estima social. A base da análise de Honneth é o sentimento de injustiça associado à privação do amor, de direitos e da autoestima¹⁴.

3 POLÍTICAS UNIVERSALISTAS, POLÍTICAS DE RECONHECIMENTO E POLÍTICAS MISTAS

Não obstante a grande maioria dos países enfrentem problemas relacionados à diversidade cultural e ao comportamento dos grupos, alguns se mostram indiferentes a estas disparidades, permanecendo em seus padrões aos quais os grupos devem, forçosamente, se adaptar. Outros vão, gradativamente, definindo suas políticas de reconhecimento em resposta às demandas sociais; contudo, o desenvolvimento das teorias sobre políticas de reconhecimento abre necessariamente o debate e provoca, em paralelo, o desenvolvimento das teorias favoráveis às políticas universalistas.

Nos debates entre os multiculturalistas e antimulticulturalistas está a indagação de qual política pública em particular se adapta melhor para lidar com o reconhecimento, se a integração, ou mesmo a acomodação, dos grupos. Independentemente dos anseios das comunidades imigrantes, minorias étnicas, primeiras nações ou novos movimentos sociais, o que as teorias multiculturalistas defendem é o igual reconhecimento da cultura.

Muitos dos mais recentes trabalhos sobre multiculturalismo focam em questões sobre identidades de cultura e seu significado para as políticas públicas e legislação. Outro aspecto é a natureza e o escopo da isonomia. Para alguns, o turno cultural deve ser dirigido para o desejo de ampliar e estender o escopo do igualitarismo além dos confins do liberal conceito

¹⁴ Idem.

de igualdade de oportunidades. As correntes sobre igualitarismo podem ser classificadas segundo o entendimento de Young (e Fraser) e Brian Barry.

Para caracterizar a diferença entre os componentes do multiculturalismo e a ideologia, deve-se começar por definir qual o papel destes dois conceitos nas teorias multiculturalistas. Paul Kelly¹⁵ faz uma análise sobre as ideias de Young quanto à igualdade de resultados pela perspectiva do reconhecimento do grupo com sua identidade, bem como das ideias de Barry quanto à igualdade de oportunidades.

A crítica de Barry ao multiculturalismo é que o respeito à isonomia e à cultura são fundamentalmente incompatíveis e dependem do escopo e do caráter do igualitarismo. Enquanto para Young igualitarismo é o respeito pela identidade do grupo, para Barry é a igualdade de oportunidades, é a idéia de liberdade, não meramente pela distribuição de direitos, e sim pelo crescimento da autodeterminação.

No tocante à igualdade de resultados pela igualdade de oportunidades, a preocupação de Young é que, apesar das políticas de igualdade de oportunidades, certos grupos permanecem desproporcionalmente sem sucesso na busca de obter algumas coisas ou posições sociais. Entende que o tradicional conceito de justiça distributiva de igualdade de oportunidades deve ser substituído por políticas de diferenças. Por este ponto de vista, os grupos devem determinar e definir sua própria identidade e os problemas de justiça devem ser transformados em políticas de reconhecimento de grupos e autodeterminação. A solução que apresenta é que os grupos sejam proporcionalmente representados, o que possibilitará construir normas justas de inclusão para lidar com a real injustiça.

Barry responde com a distribuição de postos de trabalho; julga a qualificação como mais apropriada para o trabalho qualificado, e não a distribuição especificamente por grupos. Barry vê a igualdade de oportunidades como a tarefa do liberal igualitarismo político para a justiça social. Se houver igualdade de oportunidades, o resultado não será um problema, não importando se os grupos estiverem mais ou menos representados; os resultados seriam decorrência da justa distribuição de direitos e oportunidades. Os resultados naturalmente iriam variar diante da liberdade de cada indivíduo procurar dedicar seu tempo em busca de seus

¹⁵ KELLY, Paull. *Multiculturalism Reconsidered: Culture and Equality and its Critics*. USA: Edited by Paull Kelly, 2002.

objetivos. Mantém-se uma justa linha básica para as futuras gerações e assim se chegará ao resultado.

Young trata o igualitarismo de resultados baseado nas políticas de diferenças que desafia o paradigma distributivo do coração da política liberal distributiva. Ela ataca a suficiência do igualitarismo de oportunidade e passa a identificar três componentes na versão de igualdade de resultados: a natureza do grupo, igualdade de resultado e a ideia de representação de grupo na construção da igualdade de oportunidades. Quanto aos destinatários, Young vê diferenças entre grupo social e grupo cultural; afirma que grupo cultural é um grupo de pessoas que compartilham um estilo de vida similar, a mesma língua, símbolos, regras e propostas comuns que os conectem com a cultura. Os grupos sociais se identificam por histórias comuns e *status* social “*group proportionality and outcome equality*”. Young entende que a distribuição entre os grupos sociais como de gênero ou raça deve considerar a representação proporcional incluindo trabalho.

Barry argumenta que a igualdade de oportunidade deve ser atingida pela distribuição de direitos, liberdades e recursos. Young combate o paradigma distributivo em um ataque à ideia de que justiça é simplesmente a retificação da fraqueza e regime de distribuição pelo mercado ou pelo Estado, que podem falhar utilizando práticas discriminatórias baseadas em irrelevantes características como gênero e raça.

A disputa entre Barry e Young sugere que se deve escolher entre resultados e oportunidades igualitaristas, mas não é caso de simples escolha, pois uma teoria igualitária satisfatória pode combinar as duas correntes, já que existem sentidos comuns entre ambas. Young não defende a ideia de que específico número de representantes de grupos deve ser coagido a ter posição para se alcançar o resultado. Esses autores divergem nas desigualdades estruturais ou entre indivíduos e métodos de identificar e retificar as desigualdades. A combinação de resultado e oportunidade igualitária parece ter efeito para especial tratamento para alguns grupos, mas a maior preocupação é proteger contra as consequências da desigualdade de *status* e discriminação¹⁶.

Partindo-se da perspectiva de formação de políticas públicas, ambas as teorias podem ser consideradas e adaptadas a cada país e a cada realidade. As chamadas medidas de Ação Afirmativa com gênese tanto nas políticas públicas como nas normas jurídicas podem ser

¹⁶ Idem.

elaboradas tanto levando em conta as políticas de reconhecimento como as de igualdade de resultados e oportunidades, até porque podem abranger uma gama de medidas que levem ao reconhecimento e elevação da autoestima por meio da valorização alcançada pela igualdade de oportunidades. O fato é que toda a discussão a respeito do tema tem gerado mudanças na concepção política e ampliação do conceito de dignidade humana.

Não obstante as tendências universalistas e a ausência de normas específicas em alguns países, fato é que os organismos internacionais, tais como a Organização das Nações Unidas, Organização Internacional do Trabalho e a União Europeia, possuem um sistema de normas voltado à garantia da igualdade de direitos, proibição da discriminação e igualdade de oportunidades por intermédio de políticas de reconhecimento e proteção. Estas normas inspiram a legislação interna e políticas públicas dos Estados, construindo um sistema internacional de promoção da igualdade social e proteção aos direitos humanos e fundamentais.

CAPÍTULO II NORMATIZAÇÃO INTERNACIONAL

1 GARANTIAS DE POLÍTICAS ANTIDISCRIMINATÓRIAS

As normas internacionais refletem valores compartilhados que vão se positivando e orientando os caminhos dos seres humanos em suas mais diversas concepções. No campo dos direitos fundamentais e dentro da concepção de igualdade voltada à não discriminação e ao respeito à dignidade humana, o mais importante marco normativo é a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, elaborada a partir da Carta da Organização das Nações Unidas de 1944, que estabeleceu a necessidade dos Estados-partes promoverem a proteção dos direitos humanos. Esta Declaração reconheceu e reafirmou os direitos humanos fundamentais, a dignidade e o valor da pessoa humana e a igualdade de direitos do homem e da mulher. Já em seu artigo primeiro, a Declaração assegura o respeito à dignidade humana ao afirmar que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 introduz a concepção contemporânea dos direitos humanos marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos

universalidade, porque a condição de pessoa humana é o requisito único e exclusivo para a titularidade dos direitos, sendo a dignidade humana o fundamento dos direitos humanos (ser humano como ser essencialmente moral, dotado de dignidade como valor intrínseco). Indivisibilidade porque, ineditamente, o catálogo dos direitos civis e políticos é conjugado ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais¹⁷.

O art. 2º da mesma Declaração proclama a igualdade de direitos e liberdades, dentre elas, a livre escolha do trabalho, sem distinção de raça, cor ou sexo, instituindo o direito à não discriminação perante a lei.

No tocante às relações de trabalho, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela ONU em 1948, inclui, entre os direitos fundamentais universais, os direitos sociais trabalhistas assegurando a igualdade, ao expor em seu art. XXIII que: 1- Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis e a proteção contra o desemprego. 2- Todo homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração

¹⁷ PIOVESAN, Flavia. Discriminação. Revista do Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais. São Paulo: LTr, 2004, p. 333.

por igual trabalho. 3- Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória¹⁸.

Os princípios desta Declaração inspiraram o desenvolvimento de um Direito Internacional voltado aos Direitos Humanos. É assim que o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 reconhece em seu preâmbulo que a dignidade é inerente a todos os membros da família humana e os seus direitos, iguais e inalienáveis, constituem o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. E continua, em seu art. 2º- 2- Os Estados-partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados sejam exercidos sem discriminação alguma ou por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

O art. 1º da Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965) a conceitua como qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência, ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o conhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública. O art. 2º, II, da mesma Convenção prevê a adoção de medidas especiais e concretas para assegurar, como convier, o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais e indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas da Discriminação contra a Mulher (1979) conceitua como sendo toda distinção, exclusão ou restrição em razão de sexo que tenha por objeto ou como resultado reduzir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, de direitos e liberdades fundamentais nas esferas política, econômica, social, cultural e civil ou em qualquer outra esfera.

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foi adotada em 2006 e entrou em vigor em 02 de maio de 2008¹⁹. Esta Convenção inova no conceito de pessoas com deficiência e define o sentido de “Comunicação”, “Língua”, “Discriminação por motivo de deficiência”, Adaptação Razoável e

¹⁸ SUSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 71.

¹⁹ Disponível em www.unu.org.br. Acesso em agosto 2012.

2 A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT

2.1 ESTRUTURA E ATUAÇÃO

A principal fonte de normas internacionais de proteção ao trabalho é a Organização Internacional do Trabalho – OIT. Criada em 1919, por ocasião da Conferência da Paz, a OIT é a mais antiga agência especializada das Nações Unidas. Sua Constituição converteu-se na parte VIII do Tratado de Versailles. A OIT, desde sua origem, em 1919, estabeleceu seu conteúdo, constituição, fins e objetivos na "Declaração de Filadélfia", adotada como anexo da Constituição da OIT em 1944²¹.

Como organismo vinculado à Organização das Nações Unidas, cabe à OIT as normas internacionais do trabalho. A OIT tem estrutura tripartite composta por representantes de governos, de organizações de empregadores e de trabalhadores. Atualmente a OIT conta com 183 Estados-membros. Desde a sua criação, os membros tripartites da OIT adotaram 188 Convenções Internacionais de Trabalho e 200 Recomendações.

Em 1998, durante a 86ª. Conferência Internacional, no âmbito dos debates sobre as dimensões sociais da globalização da economia, adotou-se a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento. Este documento tem o objetivo de assegurar que o desenvolvimento econômico se faça com o progresso social e conclama os Estados-membros a respeitar e promover os princípios e direitos fundamentais compreendidos em quatro categorias: a liberdade de associação e a liberdade sindical, com efetivo reconhecimento do direito à negociação coletiva; a eliminação do trabalho forçado e obrigatório; a erradicação do trabalho infantil e a eliminação de discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Os fundamentos tradicionais da atividade da OIT vêm se adequando às circunstâncias econômicas e sociais geradas pela nova economia mundial. Dentro desta esfera, em fevereiro de 2002 a OIT formou a Comissão Mundial para trabalhar sobre a Dimensão

²⁰ Ver Decreto nº 6.949/2009. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03, acesso dezembro 2012.

²¹ *A Declaración de Filadelfia afirma que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”.* Disponível em www.oit.org.br. Acesso agosto 2012.

Social da Globalização. Diante da globalização e dos *déficits* das políticas em matéria de crescimento e emprego, a OIT instituiu o Trabalho Decente como objetivo central de todas as suas políticas e programas. A noção de Trabalho Decente abrange a promoção de oportunidades para mulheres e homens para assegurar um trabalho produtivo, adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança e capaz de garantir uma vida digna. Neste sentido, na Resolução final da Assembléia Geral da ONU, adotada em setembro de 2005, os Chefes de Estado e Governo firmam seu compromisso; os Chefes de Estado e de Governo firmaram compromisso quanto aos objetivos de emprego pleno e produtivo e o trabalho decente para todos, especialmente para mulheres e jovens, como meta fundamental das políticas nacionais e internacionais²².

A OIT realiza suas atividades por meio de três órgãos principais - a Conferência Internacional do Trabalho, o Conselho de Administração e a Oficina Internacional de Trabalho. Estes órgãos se revestem de uma estrutura tripartite da qual participam governos, empregadores e trabalhadores. A OIT é dirigida pelo Conselho de Administração que elege o Diretor Geral com mandato de cinco anos e o Secretariado que, além de funcionários, escritório central em Genebra e escritórios regionais, conta com especialistas e inclui Comitês, Comissões e Grupos de Trabalho.

A Conferência Internacional do Trabalho, realizada uma vez por ano em Genebra, é palco para discussões sobre normas, políticas gerais, programas de trabalho e orçamento da OIT, esta Conferência é o parlamento mundial do trabalho, em que são votadas as normas que tomam formas de convênios e recomendações. Outra função da Conferência é a de servir de cenário para que seus integrantes possam supervisionar a aplicação das normas nos respectivos Estados, cenário no qual se examinam também os relatórios solicitados pelo Conselho de Administração e apresentados pelos Estados-membros sobre as obrigações contraídas ante a ratificação dos Convênios e recomendações estabelecidas. Outra importante tarefa da Conferência é a análise do Informe Global do Diretor Geral devido aos procedimentos e seguimentos estabelecidos nos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho em 1998²³.

Como Organização tripartite e internacional, a OIT “legisla” por meio de Convenções e Recomendações, constituindo seu corpo de normas. Essas normas pertencem ao universalismo e trazem na essência a diversidade do mundo e da realidade de cada Estado. Por

²² www.onu.org.br/onu-no-brasil/oit.

²³ Relatório dos ministros do TST presentes à 93ª. Reunião da Conferência Internacional do Trabalho promovida pela OIT. In Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 72. Brasília: jan/abril, 2006.

intermédio da elaboração tripartite pela representação do Estado, Empregados e Empregadores, a origem das normas internacionais do trabalho como fonte de direito é considerada democrática e participativa²⁴.

A universalidade das normas internacionais deve atender à diversidade das realidades em que devem ser aplicadas, e esta diversidade cresce com o número de países membros. Ao mesmo tempo em que não se podem fazer concessões frente a determinadas situações particulares como, por exemplo, o estágio de desenvolvimento do país e a necessidade de fomento, há necessidade de satisfação das diversas necessidades marcadas por tipos de trabalho absolutamente diversos do que prevalece em outras sociedades. Cabe à instituição encontrar saídas de articulação das normas para esta diversidade²⁵.

Além de aglutinar valores compartilhados, as normas internacionais, apesar de respeitar a realidade de cada Estado-membro, deve direcionar a realidade destes para a implementação dos valores compartilhados, estes sofrem alterações com o tempo, modificando a própria realidade e as necessidades. Daí porque as instituições exigem mudanças contínuas dentro de um processo em que se fazem necessárias a revisão e a atualização das normas da OIT para se dar um tratamento integral com coerência e pertinência com seus objetivos e propósitos visando lograr a máxima eficácia. Esta revisão tem início pela necessidade de organização sistemática do grande número de convênios e recomendações produzidas ao longo dos anos de sua existência.

A questão crucial destes direitos presentes nas normas da OIT está na forma de implementá-los. A primeira etapa para isto é conhecer estas normas para estabelecer com elas alguma familiaridade. O outro elemento é a ratificação destas normas por Estado, passo importante como forma de o Estado compartilhar os valores nelas expressos. Após a ratificação, o Estado deverá incorporá-las, apropriar-se das normas no terreno nacional, considerando que as normas existem para solucionar problemas²⁶.

Em 1995 foi criado um grupo destinado à revisão e atualização de todo o aparato normativo da OIT para melhorar a coerência interna do sistema normativo e atualizar o

²⁴ GOLDIN, Adrian. Discriminação. Revista do Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais. Brasília: LTr, 2004.

²⁵ Idem.

²⁶ JAVILLIER, Jean Claude. As Normas Internacionais do Trabalho: Desafios, Pertinência e Aplicação do Direito Internacional Interno. Revista do Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais. Brasília: LTr, 2004.

ordenamento com o fim de garantir a ratificabilidade dos convênios internacionais a partir da lógica da proteção. Este grupo concluiu que 54 convenções e 67 recomendações estavam obsoletas e deveriam ser retiradas do ordenamento internacional, e 24 convenções e 15 recomendações deveriam ser revisadas²⁷.

No que concerne à coerência entre as normas internacionais, foi feita uma proposta denominada "tratamento integral", que significa a necessidade de buscar uma convivência adequada entre as normas de modo a funcionarem de forma conjunta e com pertinência, demonstrando que estão de acordo com os objetivos constitucionais e com os propósitos da OIT. O tratamento integral requer a inclusão de convênios por temas, o que permitirá identificar lacunas, superposição, contradição, colisão e superação. O primeiro tema que tem sido objeto deste tratamento é Saúde e Segurança no Trabalho. Além destas medidas para se buscar a máxima eficácia, questiona-se o que fazer para que os convênios sejam ratificados e implementados para alcançarem a operatividade acima de sua importância moral. Para viabilizar a proposta de eficácia máxima, há necessidade de fortalecer os organismos de controle; se as normas internacionais forem aplicadas pelos juízes, os braços destes organismos se multiplicam por 1000²⁸.

2.2 NORMAS DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO SOBRE A DISCRIMINAÇÃO

Não obstante a aprovação, em 1998, da "Declaração dos Direitos Fundamentais", na qual foi destacada dentre os quatro conteúdos fundamentais - a proteção contra a discriminação -, este tema já estava massivamente presente nas normas internacionais da OIT, variando, contudo, o conteúdo de acordo com os valores de cada época. A ação internacional da OIT estabeleceu, em uma primeira fase, restrições excessivas ao trabalho feminino com fundamento na exploração das mulheres, proibindo o trabalho noturno e na indústria. Diante das mudanças de valores, as normas de proteção à mulher têm sido submetidas à avaliação para aferir-se a sua adequação, alterando o foco da proteção genérica para a proteção específica, apenas nas condições que realmente diferencie o homem da mulher pelos aspectos inerentes, como pela gestação e por comprovação científica de diferença de capacidade física, como no caso do excesso de peso. A Convenção número 4 de 1919 proibia o trabalho noturno das mulheres na indústria; revisada pela Convenção de 1948, manteve a proibição e já foi denunciada

²⁷ GOLDIN Adria. Ob. Cit.

²⁸ Idem.

por vários países signatários. Em uma segunda fase, a OIT concentra-se no favorecimento das perspectivas da mulher no mercado de trabalho assegurando-lhe igualdade de remuneração, como demonstrou a Convenção nº 100 de 1951, que prevê a igualdade de remuneração para a mão de obra masculina e feminina em trabalho de igual valor.

Em 1958 a OIT estabeleceu o grande marco em matéria de discriminação quando editou a Convenção 111²⁹, que se tornou referência doutrinária na matéria, cujos dispositivos

²⁹Artículo 1

1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. A los efectos de este Convenio, los términos empleo y [ocupación] incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.

Artículo 2

Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.

Artículo 3

Todo Miembro para el cual el presente Convenio se halle en vigor se obliga por métodos adaptados a las circunstancias y a las prácticas nacionales, a:

a) tratar de obtener la cooperación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y de otros organismos apropiados en la tarea de fomentar la aceptación y cumplimiento de esa política;

b) promulgar leyes y promover programas educativos que por su índole puedan garantizar la aceptación y cumplimiento de esa política;

c) derogar las disposiciones legislativas y modificar las disposiciones prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política;

d) llevar a cabo dicha política en lo que concierne a los empleos sometidos al control directo de una autoridad nacional;

e) asegurar la aplicación de esta política en las actividades de orientación profesional, de formación profesional y de colocación que dependan de una autoridad nacional;

f) indicar en su memoria anual sobre la aplicación de este Convenio las medidas adoptadas para llevar a cabo esa política y los resultados obtenidos.

Artículo 4

No se consideran como discriminatorias las medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospecha legítima de que se dedica a una actividad perjudicial a la seguridad del Estado, o acerca de la cual se haya establecido que de hecho se dedica a esta actividad, siempre que dicha persona tenga el derecho a recurrir a un tribunal competente conforme a la práctica nacional.

Artículo 5

1. Las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se consideran como discriminatorias.

2. Todo Miembro puede, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial.

são compatíveis com os valores compartilhados nos dias de hoje. Após a Convenção 111, outra Convenção a se referir diretamente à matéria é a 118, que dispõe sobre a igualdade de tratamento entre Nacionais e Estrangeiros em Previdência Social.

A Convenção 111 da OIT de 1958, em seu art. 1º, define como discriminação "a distinção, exclusão ou preferência fundada em raça, religião, opinião, ascendência nacional, origem social e outra exclusão ou preferência especificada pelo Estado-Membro interessado, qualquer que seja sua origem jurídica ou prática e que tenha por fim anular ou alterar a

Artículo 6

Todo Miembro que ratifique el presente Convenio se obliga a aplicarlo a los territorios no metropolitanos, de conformidad con las disposiciones de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

Artículo 7

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

Artículo 8

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.

2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.

3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

Artículo 9

1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.

2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

Artículo 10

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización.

2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

Artículo 11

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

Artículo 12

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

Artículo 13

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

a) la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 9, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;

igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou profissão". A mesma Convenção define a igualdade como direito vinculado à proibição de discriminação, e em seu art. 1º já traz um sentido negativo ao termo. Apresenta causas discriminatórias, abertas, igualdade de oportunidades, de trato, emprego e ocupação que são os elementos da discriminação. A causa é um dano, pré-judicial, distinção, exclusão e preferência; contudo, há um elemento comparativo importante que é o efeito que causa a discriminação que a qualifica como resultado, ou seja, a redução de igualdade³⁰.

No mesmo ano, a OIT editou a Recomendação nº 111 sobre discriminação em empregos e ocupações aconselhando que os países-membros "implementem políticas antidiscriminatórias, nos empregos e ocupações por meio de legislação e de convenções coletivas considerando os seguintes princípios: a) fomento de igualdade de oportunidades e tratamento em matéria de emprego são questões de ordem pública; b) tratamento igual e idênticas oportunidades a todas as pessoas em face do; i) acesso aos serviços de orientação e colocação profissional; ii) acesso aos meios de informação e admissão ao trabalho, conforme as admissões e escolhas pessoais; iii) progresso profissional de acordo com a conduta experiência, capacidade e operosidade de cada pessoa; iv) segurança no emprego; v) remuneração compatível e uniforme, correspondente ao valor do trabalho; e, vi) direitos e condições mínimas de trabalho como: jornada, períodos de descanso, férias anuais remuneradas, segurança e higiene no trabalho, seguridade social; c) políticas de emprego não discriminatórias implantadas por órgãos oficiais; d) não tolerância de discriminação pelos empregadores quanto aos critérios de admissão, promoção e de dispensa em relação a qualquer pessoa ou ao fixar suas condições de trabalho e, em sendo assim, aqueles empregadores que agirem desta forma devem ser isentos

b) a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

Artículo 14

Las versiones inglesa y francesa del texto de este Convenio son igualmente auténticas.

³⁰ A sétima Reunião Regional Europeia da OIT, realizada em fevereiro de 2005 em Budapest, que tratou de vários temas quanto à união e integração social, aspectos de uma globalização justa e sobre princípios, direitos e normas fundamentais no trabalho até mesmo a discriminação, trouxe em suas conclusões, dentre outros temas, o seguinte: “La discriminación en el acceso al empleo y la ocupación, ya sea por motivos de género, origen étnico, convicciones políticas o creencias religiosas, u otros motivos de discriminación, incluidos la edad, la discapacidad y la inclinación sexual, sigue siendo un problema en la región. Se reafirma con rotundidad la adhesión al principio de la no discriminación. Se debe apoyar el principio de la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor entre mujeres y hombres. Se alienta a la OIT a que controle con atención la discriminación en los mercados de trabajo, y a que facilite el intercambio de información sobre prácticas correctas respecto de la promoción de la igualdad y los derechos en el trabajo, en especial mediante la aplicación de los instrumentos de la OIT”. Disponível em www.oit.org.br. Acessível em agosto/2012.

de qualquer interferência ou intervenção de órgãos públicos ou privados; e) os princípios aqui contidos deveriam ser objeto de limites e de incremento das negociações coletivas; f) as organizações de trabalhadores não deveriam tolerar cláusulas discriminatórias em relação aos respectivos associados e não associados”³¹.

Em 1981, a OIT editou a Recomendação 165 sobre Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Homens e Mulheres Trabalhadores com Encargos de Família. Com um objetivo bastante inovador, a OIT, demonstrou preocupação quanto aos problemas dos trabalhadores em conciliar trabalho e família. A dificuldade em alternativas para a educação dos filhos, encargo tradicionalmente atribuído à mulher, se projeta como obstáculo para a efetividade da igualdade entre homens e mulheres no tocante ao acesso e ascensão profissional. Esta recomendação traz em seu conteúdo normas especiais de proteção para o homem e para a mulher, no tocante às suas obrigações de cuidados com os dependentes no sentido de facilitar a formação profissional, jornada de trabalho, local de trabalho, férias, licença para cuidar de filhos doentes, etc.

Em 2003, o Informe global³², com relação ao seguimento da Declaração da OIT relativa a princípios e direitos fundamentais no trabalho “A hora da Igualdade no Trabalho” contém um panorama geral sobre a discriminação e a necessidade de medidas práticas para a eliminação desta, invocando, para isto, um plano de ação com a participação de organizações de empregadores e trabalhadores como interlocutores fundamentais para alcançar a igualdade.

Os fundamentos tradicionais da atividade da OIT vêm se adequando às circunstâncias econômicas e sociais geradas pela nova economia mundial. Dentro desta esfera, em fevereiro de 2002 a OIT formou a Comissão Mundial para trabalhar sobre a Dimensão Social da Globalização. O informe final desta Comissão denominado "Por uma Globalização Justa - criar oportunidade para todos", foi publicado em fevereiro de 2004. A relevância deste informe fez com que a ONU o ressaltasse em uma de suas resoluções. A partir daí, a Organização Internacional do Trabalho passou a reconhecer como meta primordial a garantia da disponibilidade de um trabalho decente para homens e mulheres, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana.

³¹ Disponível em: www.oit.org.br/content/recomendations. Acessível em agosto 2012.

³² *Informe del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo 91.ª reunión 2003, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza.* Disponível em www.ilo.org/declaration. Acessível em maio 2012.

A OIT, em seu programa de promoção do trabalho decente, elege em sua agenda a promoção de igualdade de oportunidades e a eliminação de todas as formas de discriminação como alguns dos elementos imprescindíveis da Declaração de Direitos e Princípios fundamentais do trabalho. Estabelece como condição para o crescimento econômico, diminuição da pobreza e promoção do bem-estar social, a melhora da situação das mulheres, negros e outros grupos discriminados da sociedade para aumentar a possibilidade de acesso a empregos capazes de garantir uma vida digna às famílias. O programa da OIT tem como pressuposto que as diferentes formas de discriminação estão associadas aos fenômenos de exclusão social que dão origem à pobreza e são responsáveis pela criação de barreiras adicionais para as pessoas e grupos discriminados. Assim, a questão da discriminação e acesso às oportunidades de trabalho deve ser considerada nas estratégias de redução de pobreza e nas políticas de geração de emprego e renda.

Em 2007, o segundo Informe global³³ aborda “A igualdade no trabalho: afrontar os caminhos que se planejam”, destacando novos temas como a discriminação de trabalhadores migrantes e fundada na origem social, persistência da estigmatização e a discriminação que sofrem as pessoas infectadas pelo HIV e a discriminação baseada no estilo de vida. Ressalta o objetivo de alcançar legislações eficazes e a importância da mobilização dos interlocutores sociais por meio da negociação coletiva e a responsabilidade social da empresa com grande potencial de promover a igualdade.

3 A DISCRIMINAÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA

Ao lado do sistema normativo internacional global surgem os sistemas regionais de proteção que buscam internacionalizar os direitos humanos e fundamentais nos planos regionais. A União Européia desenvolveu um sistema de normas e decisões que atuam de forma complementar ao sistema global junto aos Estados-membros a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção da igualdade de tratamento e oportunidades.

Antes de tratar especificamente da normatização atinente ao direito à não discriminação nas relações de trabalho na União Europeia, é imprescindível dissertar sobre

³³ *Informe del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo, 96.ª reunión, 2007, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra*, Disponível em www.ilo.org/declaration. Acessível em maio 2012.

alguns fundamentos básicos para a compreensão de sua atuação quanto à produção de normas e efetividade no campo do ainda denominado Direito Comunitário.

A origem da Comunidade Europeia, sua construção, seus institutos e seu funcionamento quebram alguns dogmas anacrônicos da *civil law* e demonstram que é possível construir um direito com base em institutos já conhecidos mediante a modificação destes e a criação de outros, adaptando-os conforme a necessidade e as condições concretas de uma época e de um lugar, na busca da harmonização e sem desprezar a história e a cultura de cada país.

É chamado Direito Comunitário laboral o conjunto de normas e decisões jurisprudenciais da União Europeia atinentes aos Direitos Sociais relacionados ao trabalho. Contudo, dadas as peculiaridades da atuação da União Europeia, faz-se necessário discorrer sobre sua estrutura e dinâmica quanto à produção normativa³⁴.

3.1 TRAJETÓRIA DA UNIÃO EUROPEIA

O direito comunitário exige uma lógica diferente da forma de pensar em comparação ao direito tradicional oriundo do direito romano. A dificuldade de assimilar esta nova lógica leva, muitas vezes, a tentar enquadrar os institutos do direito comunitário em padrões que não lhes são próprios. Para compreender a dinâmica do direito comunitário, é preciso se despojar de alguns dogmas e paradigmas que estão arraigados na cultura jurídica e estudá-lo com uma nova mentalidade.

No que concerne a seu modelo do processo de integração, inicialmente se apresentavam tendências federalistas ou unionistas. Para as tendências federalistas havia de se criar uma Federação Europeia dotada de importantes competências com âmbito político incluído a partir de transferências de soberanias realizadas pelos Estados participantes, começando por uma assembleia parlamentarista para se fazer uma constituição europeia. Para as teses unionistas, consideravam que a união europeia só poderia existir preservando-se a soberania de cada Estado europeu, e que esta deveria estruturar-se por meio de instância de coordenação das competências soberanas nacionais³⁵.

A criação da Comunidade Europeia representou uma solução de compromisso entre

³⁴ O Professor Joaquim Aparício Tovar da Uninversidad Castilla La-Mancha- Espanha, ministrou aulas no Curso de Pós Graduação em Direitos Sociais em Ciudad Real, devendo a ele e a seu precioso livro a compreensão básica do funcionamento da União Europeia.

³⁵ TOVAR, Joaquín Aparicio. *Introducción al Derecho Social de la Unión Europea*. Albacete, Espanha: Editorial Bomarzo, 2005.

as teses referidas com prevalência das ideias unionistas e com inclusão de ideias federalistas, já que o Conselho da Europa conta com uma assembleia parlamentarista integrada por representantes eleitos. O órgão com maior poder é, sem dúvida, o Conselho de Ministros, integrado por membros dos governos dos Estados membros e que atua submetido às regras de unanimidade. Ademais, por não ser beneficiária de cessão de competência soberana, a organização carece de competência para adotar decisões juridicamente obrigatórias, seja para os Estados membros seja para os nacionais, atuando por intermédio de resoluções e convênios internacionais. Pode-se considerar a União Europeia como uma pessoa jurídica de natureza supranacional com peculiaridades próprias decorrente dos Tratados que a constituíram³⁶.

As diferenças entre a CE e outros organismos internacionais é que nestes não há perda de soberania e a CE atua como se fosse um estado de natureza federal por meio de Tratados. Os Estados membros cedem soberania dentro das competências e atribuições fixadas nos Tratados, e há possibilidade de alguns Estados se excluírem de determinadas cláusulas pelo processo de salvaguarda; contudo, não existe mecanismo para retroceder na recuperação da soberania cedida pelo Tratado.

A diferença da União Europeia com os Estados tradicionais que se legitimam segundo o poder e a soberania por meio do povo é que esses Estados têm como limite a Constituição, porém excetuando-se as limitações constitucionais, o legislativo pode fazer o que entender conveniente e oportuno. Já a União Europeia só pode tomar medidas concretas pelos poderes que recebe dos Estados por meio dos tratados. O art. 2º do TCE prevê as dimensões da União e o art. 3º dispõe sobre quais matérias a CE poderá tratar, e assim os Tratados vão lhe concedendo poderes concretos e, sempre quando legisla, o faz citando o artigo que lhe atribui poderes³⁷.

Há matérias em que os Tratados atribuem competência exclusiva à CE e, em outras matérias, a competência é concorrente onde os Estados membros podem legislar. No tocante aos direitos sociais, a competência é concorrente, havendo proibição para a CE legislar sobre matérias como remuneração, greve, etc. Há regras de articulação de política legislativa pela qual a CE legisla o mínimo obrigatório no campo dos direitos sociais e os Estados legislam acima deste piso³⁸.

³⁶ Idem.

³⁷ Idem.

³⁸ Idem

No decorrer dos anos verificou-se um aprofundamento da União Europeia, além do aumento do número de Estados membros; o aprofundamento significa a expansão dos objetivos perseguidos e da competência assinalada à Comunidade para alcançá-los. O incremento de competência se faz por intermédio da legislação, sendo certo de que quem legisla são os representantes dos governos e não do parlamento, seguindo as atribuições de cada um de seus órgãos conforme previamente definidas³⁹.

Em matéria social ocorreu maior desenvolvimento normativo quando contava com somente seis membros; com o aumento da adesão e a regra da unanimidade houve certa estagnação. Com a alteração da regra de unanimidade passou a funcionar a maioria qualificada

³⁹ TOVAR, Joaquín Aparicio. *Introducción al Derecho Social de la Unión Europea*. Albacete, Espanha: Editorial Bomarzo, 2005.

CONSEJO DE MINISTROS E CONSEJO EUROPEU: o primeiro, composto por um representante de cada Estado Membro e pode se reunir em distintas formações, dependendo do tema da reunião de que são incumbidos os ministros. relativos. O segundo é composto pelos presidentes ou primeiros ministros que se reúnem a cada 6 meses e decidem as grandes linhas políticas. Ambos possuem natureza intergovernamental e defendem os interesses de seus respectivos Estados.

COMISSÃO: formada por um comissário por país aprovado pelo Parlamento. É um órgão estável que tem como objetivo defender os interesses comunitários. Possui caráter comunitário e permanente e sua função é velar pela aplicação do previsto nos Tratados. Formulará recomendações e adotará ditames. São os Comissários que preparam a legislação propondo ao Conselho e Parlamento. Quase todas as matérias de conteúdo social que estão sob o procedimento da co-decisão devem ser adotadas por iniciativa da Comissão.

PARLAMENTO EUROPEU: formado por 700 membros eleitos proporcionalmente com mandatos de quatro anos. Possui uma sede em Bruxelas e outra em Strasburgo. Neste órgão não se defendem interesses nacionais mas, sim, europeus; são mais europeístas do que os próprios partidos nacionais. Compete-lhe o poder legislativo com o conselho por meio do procedimento de co-decisão. Um projeto de lei é apresentado à comissão que o conduz ao Conselho que o submete ao Parlamento; este pode aprovar e o devolve ao Conselho, que pode mudar e retornar ao Parlamento que, por sua vez, pode não permitir legislar sobre as matérias de co-decisão e vetar o tal projeto de lei. O parlamento também pode rechaçar os membros da comissão.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA: formado por um magistrado de cada um dos Estados Membro e eleito entre os juristas com reconhecido prestígio, aprovado pelo Conselho de Ministros. Julga as questões prejudiciais; quando um juiz interno tem dúvidas para aplicar o direito comunitário, levanta uma questão prejudicial ao TJ, que a devolve com uma decisão para que o Judiciário Nacional aplique. Sua função precípua é garantir o respeito ao Direito e a interpretação e aplicação dos Tratados, o que resulta fundamental em uma Comunidade de Direito. Tem tutelado direitos individuais dos cidadãos e garantido o respeito do direito comunitário pelos ordenamentos nacionais, declarando a responsabilidade pela violação deste, além de elaborar uma avançada e corajosa jurisprudência sobre o respeito aos direitos fundamentais na esfera de direito da União. O Tribunal de Primeira Instância ao qual são atribuídos assuntos relativos à União Europeia. É composto de um juiz por Estado membro que seja reconhecido em seus respectivos países com altas funções jurisdicionais, ou que seja jurisconsulto de reconhecida competência, com mandato de seis anos (Tratado de Nice). TOVAR, Joaquín Aparicio. *Introducción al Derecho Social de la Unión Europea*. Albacete, Espanha: Editorial Bomarzo, 2005.

CES – COMITÊ ECONÔMICO E SOCIAL que se divide em 3 grupos: G1- empresários, G2 - trabalhadores (Confederação Europeia de trabalhadores e Federação de trabalhadores por ramo) e G3 - profissionais liberais, artesãos, etc. e CR Comitês das Regiões. Os comitês emitem DICTAMES sobre consultas dos Conselhos e Comissões ou por iniciativa própria.

O CES dos trabalhadores é composto por representantes de sindicatos que possuem mandato de 4 anos. TOVAR, Joaquín Aparicio. *Introducción al Derecho Social de la Unión Europea*. Albacete, Espanha: Editorial Bomarzo, 2005.

(a cada Estado se atribui uma quantidade de votos, dependendo do número de habitantes), ou seja, ainda que o Estado vote em contrário, é obrigado a aplicar como vencido.

3.2 SUCESSÃO DOS PRINCIPAIS ATOS

Em 1952, foi criada a CECA Comunidade Européia del Carbon y del Aciero (Francia, Alemanha, Itália, Holanda, Bélgica y Luxemburgo) que perdurou até julho de 2002. A expressão Schuman refere-se ao Ministro Francês de Assuntos Exteriores da época, que fez uma declaração até hoje denominada *Declaración Schuman* “o objeto político da nova organização era pôr fim ao antagonismo franco-alemão mediante o estabelecimento de objetivos econômicos comuns, fusão de interesses e solidariedade de fatos”.

Em 1957, o TCE - Tratado Constitutivo da Comunidade Européia – Tratado de Roma - constituiu a CEE - Comunidade Econômica Europeia, com o objetivo de promover desenvolvimento harmonioso das atividades econômicas no conjunto da comunidade, expansão contínua e equilibrada, estabilidade crescente, elevação acelerada do nível de vida e relações mais estreitas entre os Estados que a integram (art. 2º do TCEE). Este foi firmado pelos mesmos seis países signatários do CECA e também foi criada a Euratom - comunidade europeia da energia atômica, sucedida por várias alterações⁴⁰.

Em 1992, foi firmado o TUE - Tratado da União Europeia, denominado Tratado de Maastricht, que alterou a chamada Comunidade Econômica Europeia - CEE para União Europeia UE. É importante frisar que este novo tratado não chegou a decidir que as comunidades desapareceriam ou que acabariam por ser absorvidas pela União. Ao contrário, as comunidades constituem uma parte específica e juridicamente identificável da União. É o denominado pilar comunitário da União Europeia, ao qual cabe predicar neste momento a unificação da moeda EURO e o reconhecimento das quatro liberdades, quais sejam, circulação

⁴⁰1958 - início da vigência dos tratados acima citados;

1960 - associação europeia de livre comércio;

1986 - ata única europeia - AUE;

1973 - integração do Reino Unido, Dinamarca e Irlanda;

1981 - ingresso da Grécia – vigora o tratado de 1979;

1985 - ingresso da Espanha e Portugal;

1987 - ACE - ata única europeia, aprofundamento do processo de integração, coesão econômica e social;

1989- cartas comunitárias de *los derechos sociales fundamentales de los trabajadores* – *carta de niza* - (exceto Gran Bretanha) texto sem força jurídica;

1989- (queda do muro de Berlim).

TOVAR, Joaquín Aparicio. *Introducción al Derecho Social de la Unión Europea*. Albacete, Espanha: Editorial Bomarzo, 2005.

de pessoas, circulação de mercadorias, circulação de serviços e estabelecimentos e circulação de capitais⁴¹.

3.3 DIREITO COMUNITÁRIO

O direito comunitário conta com a pluralidade e heterogeneidade das fontes formando seu acervo comunitário, que é o conjunto das disposições jurídicas vigentes. As instituições devem garantir a coerência e a continuidade das ações comunitárias dentro do respeito e desenvolvimento do acervo comunitário⁴².

O Direito Comunitário Originário ou Primário é composto pelos Tratados que constituem consenso dos Estados membros. Este inclui suas reformas, acordos e decisões adotadas pelos Estados membros reunidos em Conselho e outros tratados para coadjuvar o funcionamento do mercado comum, incluindo também os tratados de adesão e a Ata Única Europeia. Os Tratados têm incorporação imediata ao ordenamento dos Estados Membros, atribuem competência sobre determinadas matérias e possuem uma função constitucional a respeito das relações entre Comunidade e Estado membro⁴³.

Em um segundo plano está o Direito Comunitário Derivado ou Secundário, composto por disposições institucionais que emanam de instituições comunitárias e é resultado do exercício das competências que o direito originário lhe atribui. Nestas atribuições está o fundamento do direito derivado e é a primeira condição de validade, pelos Atos típicos⁴⁴,

⁴¹ Idem.

⁴² Idem

⁴³ Idem

⁴⁴ Regramento: alcance geral, obrigatório, com aplicabilidade direta em cada Estado membro, sem necessidade de nenhum ato estatal para que o regramento seja exigido nos Estados membros. O art 254-IY do TCE não deixa espaço para retardamento ou oposição à sua plena eficácia. Os beneficiários podem invocá-lo diretamente ante as autoridades estatais, em especial ante os Tribunais, em algumas situações. TOVAR, Joaquín Aparicio. Introducción al Derecho Social de la Unión Europea. Albacete, Espanha: Editorial Bomarzo, 2005.

Diretivas⁴⁵ e Decisões⁴⁶.

A aplicação das normas comunitárias no Direito Interno é pautada por alguns princípios especiais. Os Estados membros, ao aderirem à CE, se despojam de algumas de suas competências soberanas em favor dela; contudo, diante da emissão de normas destas decorrentes da competência que lhes atribui os Tratados, aparecem muitas dúvidas e conflitos no campo de atuação do TJCE que vai perfilhando e gerando princípios gerais de direito comunitário.

Dentre estes princípios está o princípio da autonomia, que consiste na regulação da matéria de sua competência tanto pelas normas de tratados como pelo direito derivado. Esta autonomia se dá, seja com relação ao direito interno dos Estados, seja no tocante ao Direito Internacional, como se manifesta o TJCE.

As normas comunitárias se integram ao sistema jurídico dos Estados membros, e, em muitas ocasiões, hão de conviver com outras de origem nacional. A convivência das normas tem como pilares os princípios da primazia e da aplicação direta. O princípio da primazia implica a prevalência das normas de direito comunitário sobre direito interno qualquer que seja a classificação daquelas e ainda que tenham sido aprovadas posteriormente. É um princípio fundamental diante da cessão de competência⁴⁷ e atribuições pelos Estados.

⁴⁵ Diretiva: Ato de alcance limitado com destinatários concretos que são os Estados membros e só a eles obriga. Elemento de harmonização da legislação por excelência. Alcance indiretamente normativo tende a fixar objetivos comuns, eliminando as disparidades existentes nas legislações estatais. Os Estados membros vinculados são obrigados a cumprir o prazo fixado na própria diretiva. O caráter normativo indireto impõe uma obrigação de resultados, o que torna mais apropriado falar de exigibilidade. As normativas (medidas nacionais pertinentes) adotadas pelos Estados membros em cumprimento às diretivas é que será mediamente aplicável. A inaplicabilidade direta do direito em favor da norma estatal tem como limite a finalização do prazo de transposição. Ex: A não aplicabilidade do direito interno não adaptado à diretiva após o prazo fixado para seu cumprimento (falta da adequada transposição, que significa fazê-la completa e corretamente no prazo estipulado) pode levar à aplicabilidade direta da norma. TOVAR, Joaquín Aparicio. *Introducción al Derecho Social de la Unión Europea*. Albacete, Espanha: Editorial Bomarzo, 2005.

⁴⁶ Decisão: possui destinatários determinados que podem ser os Estados membros ou particulares. Idem.

⁴⁷ Destaque-se que não há uma enumeração taxativa destas competências e que a CE a vai exercendo tanto no que está expressamente previsto como na medida necessária para alcançar seus objetivos previstos nos Tratados, quais sejam: promoção do progresso social, alto nível de emprego e a coesão social, a igualdade entre homem e mulher e a solidariedade entre os Estados membros. O Art.308 do TCE prevê a ação do Direito Comunitário para alcançar os objetivos, sempre e quando a matéria não estiver proibida pelos Tratados.

Segundo sentença proferida pelo TJ, a primazia está fundamentada em 4 grandes bases:

- a- A natureza da CE, quando faz atribuição de competência por parte dos Estados, produz uma limitação definitiva dos poderes soberanos destes naquelas matérias;
- b- Tanto o direito originário como o derivado devem ser, obrigatoriamente, cumpridos pelos Estados membros;
- c- O art. 10 do TCE estabelece que os Estados membros se absterão de todas as medidas que podem pôr em perigo a realização dos fins do referido Tratado, o que implica um compromisso de cooperação leal;
- d- O art. 12 do TCE proíbe toda a discriminação por razão de nacionalidade, o que ocorreria se um Estado decidisse não aplicar o direito comunitário para aplicar o próprio.

A respeito do princípio da eficácia direta, pode-se afirmar que as normas comunitárias produzem efeitos diretos para Estados membros e cidadãos que estão afetados por seu âmbito de aplicação. Nem todas as normas possuem eficácia direta; para isto devem ser claras, precisas e incondicionadas. Uma disposição é incondicional quando enuncia obrigação que não está sujeita a qualquer requisito nem dependente, em sua execução e seus efeitos, a que se adote qualquer ato pelas Instituições comunitárias ou Estados membros. Contudo, ainda que não tenha eficácia direta, não deixa de ser obrigatória, apenas há diferença entre as condições e o modo que se obriga. Para aclarar este ponto é necessário situar os tipos de relação que estas normas disciplinam; se vertical entre os poderes públicos e particulares, ou se horizontais dos particulares entre si, incluindo a negociação coletiva. Por exemplo, a proibição de discriminação entre homens e mulheres se impõe não só à autoridade pública, como aos convênios coletivos ou contratos entre particulares⁴⁸.

A eficácia direta, conforme art. 249 do TCE, é atributo dos regramentos; contudo, as diretivas obrigam diretamente ao Estado membro quanto ao resultado que deva alcançar, deixando para estes a eleição da forma e dos meios. Entretanto, diante da omissão dos Estados, a jurisprudência tem sido reiterada em momentos nos quais se podem invocar as diretivas para que surtam efeitos diretos como, por exemplo, quando a diretiva estabelece um prazo para sua execução ou transposição ao direito interno e este é superado sem cumprimento ou com cumprimento defeituoso. Nestas hipóteses, o particular pode invocar contra a legislação nacional, norma comunitária precisa, clara e incondicionada, e o Estado não pode amparar-se em sua inatividade para evitar a aplicação desta. Trata-se de uma garantia mínima de efetividade das normas comunitárias para os particulares, como uma forma de forçar os Estados a cumprirem as diretivas; todavia, a regra só é válida para particulares quanto a poderes públicos, e não de particulares para particulares como, por exemplo, contra o empregador. Terá, neste caso, eficácia direta nas relações verticais quanto às obrigações dos órgãos públicos⁴⁹.

Além destas premissas, ressalte-se que a norma interna incompatível com o direito comunitário deve ser excluída ou não aplicada e o juiz nacional deve aplicar diretamente o direito comunitário e não a norma nacional contrária à comunitária. Em caso de dúvida, o juiz está obrigado a levantar diante do TJCE a questão prejudicial. O Tribunal Constitucional espanhol não é competente para apreciar conflito de competência de uma norma interna e uma comunitária, mas o é para reconhecer violação de direito fundamental e a tutela judicial efetiva na qual se enquadraria a posição do juiz que não propôs a questão prejudicial e chegou a um convencimento subjetivo não motivado ou motivado com fundamentação insuficiente. TOVAR, Joaquín Aparicio. *Introducción al Derecho Social de la Unión Europea*. Albacete, Espanha: Editorial Bomarzo, 2005.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Idem.

Além dos princípios da autonomia, primazia e eficácia direta, a hermenêutica do Direito Comunitário trata da interpretação deste conforme normas internas. Este princípio permite que se dê certa eficácia direta às diretivas não executadas ou executadas incorretamente nas relações horizontais, desde que sejam claras, precisas, incondicionadas e com operatividade prática. De acordo com este princípio, o Juiz nacional deve interpretar a norma interna buscando alcançar as finalidades e objetivos almejados pela norma comunitária, até mesmo quanto ao ônus da prova, como um recurso hermenêutico⁵⁰.

Tanto a Comissão como qualquer Estado membro podem interpor recurso ante o Tribunal de Justiça contra outro Estado pelo não cumprimento do Direito Comunitário. Em hipótese em que se discutia o cumprimento da Diretiva 80-987 da CEE, relativa à proteção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empresário, o TJCE formulou um princípio da transcendência para o direito da UE responsabilizando o Estado pela violação do Direito Comunitário. É indispensável que o direito nacional garanta efetivamente a plena aplicação da diretiva. Pelos artigos 10 e 249 do TCE, deduz-se o direito a uma indenização em favor do particular prejudicado quando ocorrerem as seguintes situações:

- a) que o resultado prescrito pela Diretiva implique uma atribuição de direitos em favor dos particulares;
- b) que o conteúdo desses direitos possa ser identificado com base nas disposições da diretiva;
- c) que exista uma relação de causalidade entre o cumprimento e a obrigação que incumbe o Estado e o dano sofrido pelas pessoas afetadas⁵¹.

Os Princípios da Subsidiariedade e Proporcionalidade são peculiares ao Direito Comunitário. Nas indicações sobre o mecanismo de repartição de competências entre a UE e os Estados membros deve-se ter em mente o último parágrafo do art. 2º do TUE ao estabelecer que os objetivos da União serão alcançados conforme as disposições do presente Tratado, nas condições e segundo o ritmo previsto e em respeito ao princípio da subsidiariedade, como se define no art. 5º do mesmo Tratado, que prevê que a Comunidade atuará dentro dos limites de competência e objetivos atribuídos⁵².

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Idem

⁵² Idem.

Nos âmbitos em que não seja sua competência exclusiva, a Comunidade deverá intervir conforme o princípio da subsidiariedade, somente na medida em que os objetivos da ação pretendida não possam ser alcançados de maneira suficiente pelos Estados membros e, por conseguinte, podem lograr-se melhor devido à dimensão e aos efeitos da ação contemplada a nível comunitário. Quanto à proporcionalidade, dispõe que nenhuma ação da Comunidade excederá o necessário para alcançar os objetivos do presente Tratado. Assim, o princípio da subsidiariedade alude a um critério de eficácia, pois a intervenção comunitária há de se produzir quando os objetivos previstos no Tratado não possam ser alcançados suficientemente pelas ações dos Estados Membros, e deve fazê-lo dentro dos limites necessários para alcançar tais objetivos⁵³.

A matéria de política social é uma das quais a Comunidade não tem competência exclusiva. O princípio da subsidiariedade não está ligado a uma diminuição de competência comunitária em política social, pelo contrário, a sua ampliação alude a um critério de eficácia, pois a intervenção comunitária há de se produzir quando não possam alcançar os objetivos previstos ou não o possam ser de maneira suficiente pela ação dos Estados membros. O objetivo comunitário deve ser assumido pelos Estados por meio de suas políticas sociais que já não seriam autônomas, se pretende deslocar a ação comunitária, ainda reconhecendo-se a liberdade na eleição dos meios.

3.4 O DIREITO À IGUALDADE E A NÃO DISCRIMINAÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA

A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais de 04-11-1950, firmada em Roma, já previa em seu art. 14 que o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos naquele convênio haveria de ser assegurado sem distinção alguma, especialmente por razão de sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras de origem nacional ou social, pertencer a uma minoria nacional, fortuna, nascimento ou qualquer outra situação⁵⁴. A proteção contra a discriminação se restringia ao caráter público

⁵³ Idem.

⁵⁴ F.2: “La Unión respetará los derechos fundamentales tal como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios gerais de direito comunitário. In Los intersticios de penetración de la prohibición de discriminación en el derecho comunitario”. VILLALÓN, Jesús Cruz Villalón, in “La Igualdad de Trato en el Derecho Comunitario Laboral” VILLALÓN Jesús Cruz Villalón (coord), Espanha: Aranzadi Editorial., 1997.

quanto a não exclusão de qualquer coletivo da proteção dos direitos humanos assegurados na referida Convenção.

A Carta Social Europeia contem em seu art. 15º referência à ação positiva em favor da qualificação e inserção profissional dos deficientes físicos e mentais, inclusive medidas voltadas a estimular a contratação destes.⁵⁵

O princípio da igualdade no Direito Comunitário Europeu aparecia inicialmente por manifestações fragmentárias e latentes, sobretudo quanto aos aspectos de nacionalidade; contudo, não obstante a ausência de dispositivo direto, desde os primeiros Tratados, já era possível construir uma doutrina quanto à proteção do direito europeu contra a discriminação.

No Tratado de Roma de 1957 se encontram duas manifestações, uma no art. 7º (hoje artigo 6º), que proíbe toda a discriminação por razão de nacionalidade, e outra o art. 119 que prevê em seu parágrafo primeiro que cada Estado membro garantirá durante a primeira etapa, e manterá depois a aplicação do princípio de igualdade de retribuição entre os trabalhadores masculinos e femininos para o mesmo trabalho. Em ambos os casos parece que o comando era dirigido para os ordenamentos estatais dos Estados Membros, ou seja, dentro de cada Estado e não entre Estados distintos; contudo encontrou-se uma série de referências do princípio da igualdade a partir de um ordenamento jurídico único estruturado na construção de uma realidade social homogênea a nível europeu. Neste sentido, o art. 117 do mesmo Tratado, em seu parágrafo primeiro, enuncia que convém aos Estados Membros a necessidade de promover a melhora nas condições de vida dos trabalhadores a fim de conseguir a equiparação pela via do progresso.

Os Regramentos 1612 de 1968 e 1408 de 1971 vinculam a igualdade de trato entre nacionais e estrangeiros à consecução da livre circulação de trabalhadores, direito consagrado pelo artigo 48.1 do TCEE em cujo primeiro considerando diz que a realização deste objetivo implica a abolição, entre os trabalhadores dos Estados membros, de toda a discriminação

⁵⁵ **Artículo 15**

Artículo 15. Derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, las partes contratantes se comprometen: A tomar las medidas adecuadas para procurar a los interesados medios para su formación profesional e incluso, si fuese necesario, las oportunas instituciones especializadas, ya sean privadas o públicas. 2.- A adoptar las medidas adecuadas para proporcionar un puesto de trabajo a los minusválidos, particularmente por medio de servicios especiales de colocación, posibilidades de empleo protegido y medidas destinadas a estimular a los empleadores a su contratación. Disponível em: www.urjc.es. Acesso agosto 2012.

fundada sobre a nacionalidade, no que se refere a emprego, remuneração e demais condições de trabalho, estabelecendo assim a igualdade de tratamento de nacionais e outros trabalhadores comunitários no interior de cada um dos Estados membros, coerente com o objetivo de aproximação pela via do progresso das condições de vida e trabalho dos trabalhadores comunitários por meio de remuneração justa e proteção social.

A Ata Única Europeia de 1986 dispõe, em seu preâmbulo, que os Estados membros declaram-se decididos a promover, conjuntamente, a igualdade e a Carta Comunitária de Direitos Sociais Fundamentais. Afirmam que, para garantir a igualdade de trato, é conveniente lutar contra as discriminações em todas as suas formas, em particular as embasadas em sexo, cor, raça, opiniões e crenças. Portanto, tais declarações não possuem vinculação jurídica e sua construção jurídica se segue situando-se no âmbito das declarações políticas gerais, como nos objetivos da Comunidade e dos Estados Membros na luta contra as exclusões. As Cartas Comunitárias de Direitos aos Cidadãos e de Direitos Sociais estão incorporadas no Projeto do Tratado que visa a instituir uma Constituição Europeia⁵⁶.

Em um terreno de maior vinculação jurídica já se encontravam alguns pronunciamentos do Tribunal de Justiça de Luxemburgo que vinha se manifestando na medida em que as tradições constitucionais dos Estados membros reconhecessem e tutelassem os direitos fundamentais da pessoa, incorporando-os como um de seus princípios gerais do próprio direito comunitário. Questiona-se, contudo, se o Tribunal de Justiça de Luxemburgo tem competência direta para exigir respeito aos direitos fundamentais garantidos pelo Convênio Europeu, já que o artigo L do Tratado exclui formalmente do controle judicial do TJ as suas disposições comuns. Dentre estas, se encontra o artigo F, que exclui o controle do respeito aos direitos humanos reconhecidos no Convênio da Europa que, só de forma indireta, tem incidência no âmbito das relações laborais e de funcionamento do mercado de trabalho, salvo pelo que se refere à aplicação dos denominados direitos fundamentais e à liberdade sindical⁵⁷.

⁵⁶ *Capítulo III – Igualdad. Artículo II 20 Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley. Artículo II – 21 No discriminación.*

1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

⁵⁷ SENDEN, Linda. *La Igualdad Salarial en La Legislación Comunitaria*: VILLALÓN, Jesús Cruz (coord.). *La Igualdad de Trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Espanha: Aranzadi Editorial, 1997.

Por intermédio de menções genéricas do direito originário, existia a possibilidade de se adotarem instrumentos normativos no terreno geral da tutela antidiscriminatória, por exemplo, a atribuição com caráter de generalidade à Comunidade, via Acordo sobre a Política Social que, em seu art. 2.1, faz menção à igualdade de oportunidades no mercado de trabalho e à igualdade de tratamento entre os homens e mulheres; e 2.3, que se refere à nacionalidade quanto às condições de trabalho dos nacionais de terceiros países que residam legalmente no território da comunidade. Em todo caso, à menção tão genérica extraída da posição secundária do Acordo sobre Política Social, ao não ser avalizado pela totalidade dos Estados Membros, já era oportuno um reforço no Direito originário da União Europeia⁵⁸.

Em tempos atuais, a ação da Comunidade Europeia, em sua dimensão social, tem como instrumentos para alcançar os objetivos perseguidos adotar uma série de disposições legislativas em matéria de política social que constitui uma base sólida para garantir os direitos sociais fundamentais dos trabalhadores. Em matéria de igualdade de trato entre homens e mulheres, o art. 119 do Tratado e mais seis diretivas e um número importante de atos legislativos "blandos" - resoluções e recomendações somam o acervo comunitário, além de programas sociais e mecanismos consultivos como o Comité Consultivo para igualdades de oportunidades⁵⁹.

Dentro de uma análise evolutiva em matéria de igualdade de trato tem-se que o art. 119 do Tratado da Comunidade Europeia de 1957 (Roma) garantiu a igualdade de retribuição entre trabalhadores masculinos e femininos. Ainda que este artigo tenha sido instituído como forma de evitar o "*dumping* social" como argumento econômico, inspirou a conotação social e se configurou como base da legislação comunitária quanto aos direitos de igualdade e não discriminação, cuja aplicação tem sido ampliada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça e por normas posteriores. Neste sentido, foi de grande importância o pronunciamento do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia no caso 149/77 "Defrenne", segundo o qual o

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ A sétima Reunião Regional Europeia da OIT, realizada em fevereiro de 2005 em Budapest, que tratou de vários temas quanto à união e integração social, aspectos de uma globalização justa e sobre princípios, direitos e normas fundamentais no trabalho e também a discriminação, trouxe em suas conclusões, dentre outros temas, o seguinte: "*La discriminación en el acceso al empleo y la ocupación, ya sea por motivos de género, origen étnico, convicciones políticas o creencias religiosas, u otros motivos de discriminación, incluidos la edad, la discapacidad y la inclinación sexual, sigue siendo un problema en la región. Se reafirma con rotundidad la adhesión al principio de la no discriminación. Se debe apoyar el principio de la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor entre mujeres y hombres. Se alienta a la OIT a que controle con atención la discriminación en los mercados de trabajo, y a que facilite el intercambio de información sobre prácticas correctas respecto de la promoción de la igualdad y los derechos en el trabajo, en especial mediante la aplicación de los instrumentos de la OIT*". Disponível em: [www.ilo.org/public/spanich/region](http://www.ilo.org/public/spanish/region). Acessível agosto 2012.

princípio da igualdade contido no art. 119 constituía um direito fundamental de Direito Comunitário. Questionou-se ao Tribunal de Justiça se dever-se-ia interpretar o artigo 119 como aplicável a todas as condições de emprego e a manifestação foi no sentido de que a igualdade se manifesta na conexão que existe entre a natureza dos serviços prestados e a remuneração, limitando-se o alcance ao salário. Contudo, a mesma sentença do caso *Defrenne* reconhece o efeito direto vertical e horizontal do art. 119, o que quer dizer que pode ser invocado não só contra os Estados membros, mas quanto aos empresários e aos tribunais nacionais que terão que aplicar o artigo como interpreta o TJCE, deixando de aplicar as leis nacionais em caso de conflito com estas⁶⁰.

Em 1975, foi aprovada a Diretiva 117 (75/117), sobre a aplicação do princípio de igualdade de retribuição entre homens e mulheres, e sobre esta se manifestou o TJCE, segundo o caso *Defrenne*, afirmando que o objetivo desta diretiva era clarear e explicar o conteúdo do art. 119 e proporcionar algumas regras explícitas sobre a proteção das vítimas da não aplicação judicial do princípio da igualdade salarial⁶¹.

Segundo conceito firmado pela jurisprudência da Comunidade Europeia, existirá discriminação indireta quando uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra, possa ocasionar uma desvantagem particular às pessoas com religião ou convicção, incapacidades, idade, ou com orientação sexual determinadas, salvo que tais práticas sejam justificadas com finalidade legítima e que os meios para a consecução desta finalidade sejam razoáveis, adequados, proporcionais e necessários. Conforme a jurisprudência comunitária, alguns casos ocorrem quando há restrição de direitos a empregados a tempo parcial em relação aos de tempo completo; tais restrições acabam por atingir substancialmente as mulheres, já que os homens são minoritários nesta categoria⁶².

⁶⁰ SENDEN, Linda. La Igualdad Salarial en La Legislación Comunitaria: VILLALÓN, Jesús Cruz (coord.). La Igualdad de Trato en el Derecho Comunitario Laboral. Espanha: Aranzadi Editorial, 1997. p.137-138.

⁶¹ Idem.

⁶² Em 1997 o Art.2.2 da Diretiva sobre a modificação do ônus da prova, define a discriminação indireta como "...cualquier disposición, criterio o práctica, aparentemente neutro, que perjudica de modo desproporcionado a las personas de uno u otro sexo y no está objetivamente justificado por ninguna razón u otra condición necesaria, no vinculada al sexo de las personas". Este conceito é adotado no Art.2.2.2º D/2002/73/CEE nos seguintes termos: "Se entenderá por discriminación indirecta..la situación en que una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios". À primeira vista, existem algumas diferenças entre ambas as definições normativas quanto aos elementos que caracterizam a discriminação indireta, no que concerne à amplitude do coletivo de pessoas de um determinado sexo afetada prejudicialmente pela medida adotada e a justificação da medida, critério ou norma que produz tal efeito. Disponível em: [HTTP://ec.europa.eu_law/directives_pt.htm](http://ec.europa.eu_law/directives_pt.htm). Acesso em agosto 2012.

Do artigo 119 e da Diretiva 75/117, pode ser extraída a proibição não só da discriminação direta, como também da discriminação indireta, como tem ficado patente na jurisprudência do TJCE, no caso Dekker⁶³, em que se concluiu que a discriminação por razões de gestação e maternidade constitui discriminação direta, pois somente as mulheres podem ser discriminadas por estarem grávidas. A definição de discriminação indireta aparece mais claramente nas decisões do TJ, tendo sido cristalizada no caso Bilka⁶⁴, do qual se pode deduzir que há discriminação indireta quando "o uso de um critério aparentemente neutro afeta a uma percentagem consideravelmente maior de pessoas de um só sexo". E isto é considerado ilegal, a menos que o autor de tal discriminação demonstre que "este modo de atuar está objetivamente justificado" e para isto deve cumprir condições, pois o objetivo perseguido com a medida ou prática discriminatória deve ser legítimo e não relacionado com uma discriminação sexual. É preciso considerar se merece a proteção e se é de tal importância que deveria ter prioridade sobre o princípio da igualdade de trato, medida que deve constituir um meio apropriado e necessário para alcançar dito objetivo por meio de uma comparação de interesses⁶⁵.

A Diretiva 2000/43/CE relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento das pessoas, independentemente de sua origem racial ou étnica, define que há discriminação indireta quando uma disposição, critério ou prática, aparentemente neutros, situe pessoas de origem racial ou étnica concreta em desvantagem particular com respeito a outras pessoas, salvo que dita disposição, critério ou prática possa justificar-se objetivamente com uma finalidade legítima, e salvo se os meios para a consecução desta finalidade sejam adequados e necessários⁶⁶.

A Diretiva 2000/78/CE, relativa ao estabelecimento de um marco geral para a igualdade de tratamento no emprego e ocupação por motivos de religião ou convicções, de deficiência, de idade e de orientação sexual, define discriminação indireta, com maior amplitude nas ressalvas, entre elas quanto aos motivos de idade (art. 6º) os objetivos legítimos das políticas de emprego, do mercado de trabalho e de formação profissional e se os meios para alcançar estes objetivos são adequados e necessários⁶⁷.

⁶³ Caso C-177/88 Dekker (1990).

⁶⁴ Caso 170/84, Bilka (1986).

⁶⁵ Senden Linda, ob. Cit. pgs. 149/150.

⁶⁶ Diario Oficial de la Comunidades Europeas L 180/24, 19.7.2000.

⁶⁷ Diretiva 2000/78/CE, artículo 2, b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto a otras personas, salvo que: i) dicha disposición, criterio o practia pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que os medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios (Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 303/19, 2.12.2000. Disponível em: [HTTP://ec.europa.eu_law/directives_pt.htm](http://ec.europa.eu_law/directives_pt.htm). Acesso em agosto 2012.

O TJCE vem repetindo que, quando se pode demonstrar que determinada medida, critério ou prática afeta de forma desfavorável uma percentagem substancialmente maior de pessoas de um determinado sexo, a medida controvertida há de ser justificada por fatores objetivos alheios a qualquer discriminação por razão de sexo. Isto sucede quando existe uma finalidade legítima e se os meios eleitos são adequados para alcançar o objetivo perseguido e necessário a tal fim, e ainda entendendo que não o são, quando o objetivo poderia ser alcançado por meio de medidas menos prejudiciais para o coletivo afetado^{68, 69}.

O mesmo ocorreria se os dados estatísticos mostrassem uma diferença menos importante, porém persistente e relativamente constante durante um longo período de tempo, entre os trabalhadores masculinos e femininos. Não obstante, incumbe ao juiz nacional apreciar a que conclusões se devem chegar a partir dos dados estatísticos e se estes se referem a um número suficiente de indivíduos e se não constituem a expressão de fenômenos meramente fortuitos e conjunturais.

Assim, o processo de elaboração e consolidação do conceito comunitário de discriminação tem sido lento e dinâmico e naturalmente ainda não está concluído; inspira-se em uma situação que se manifesta em atos, condutas ou medidas de caráter objetivo qualificados por um resultado prejudicial eminentemente coletivo carente de razoabilidade. Observa-se, contudo, que as normas comunitárias e as decisões do Tribunal de Justiça têm tratado preponderantemente de casos de discriminação da mulher e que, dentro destas questões, o TJ tem ultrapassado o critério formal relacionado com o conceito de sexo para abordar a dimensão de gênero, tendo que afrontar o tema da distribuição de funções e papéis sociais construídos e impostos a partir do critério sexual.

⁶⁸ "Ambos os temas resultam extensamente tratados na Sentença do TJCE, la S. 9-febrero-1999 A. Seymour-Smith y Pérez 167/97, conforme parte a seguir. “....Para determinar si una medida adoptada por un Estado miembro afecta de modo diferente a hombres y mujeres hasta tal punto de equivaler a una discriminación indirectael Juez nacional debe comprobar si los datos estadísticos disponibles muestran que un porcentaje considerablemente menor de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos, reúne el requisito impuesto por dicha medida.....” Disponível em: http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_es.htm . Acessível julho 2005.

⁶⁹ Uma explicação mais clara aparece nos fundamentos jurídicos números 58 a 65 da Sentença em que o Tribunal assinala: “Para determinar si existe una discriminación indirecta, debe comprobarse, en primer lugar, si una medida como la norma controvertida, produce efectos mas desfavorables para los trabajadores femeninos que para los masculinos. A continuación es preciso señalar...que el mejor método de comparación de estadísticas consiste en comparar, por una parte, las proporciones respectivas de trabajadores que reúnen el requisito...exigido por la norma controvertida...si los datos estadísticos disponibles muestran que un porcentaje considerablemente menor de trabajadores femeninos reúne el requisito..... resultaría una apariencia de discriminación basada en el sexo, a menos que la norma controvertida estuviera justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.” Disponível em: http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_es.htm . Acessível julho 2005.

A proibição de discriminação por razão de gênero deixou de ser um mero princípio de política econômica para ser um direito fundamental à igualdade de tratamento em aspectos da vida profissional em matérias que vão além da igualdade salarial. Nesta mudança, atuação conjunta do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, o Direito Comunitário derivado tem desempenhado um importante papel.

No objetivo comunitário da aproximação pela via do progresso das condições de vida e trabalho dos trabalhadores comunitários por remuneração justa e proteção social, a igualdade de tratamento dentro do Direito Europeu requer a harmonização e aproximação das diversas legislações estatais. Isto proporcionará ao Direito se desenvolver integrado por normas jurídicas de eficácia direta, não somente em um plano teórico, mas também em sua incidência reguladora real⁷⁰.

4 A DISCRIMINAÇÃO NO MERCOSUL

No que concerne ao Mercosul – Mercado Comum do Cone Sul, o artigo primeiro do Tratado de Assunção firmado pelos países membros, Paraguai, Uruguai, Argentina e Brasil, em 1991 prevê a livre circulação de pessoas, bens, serviços e fatores de produção. Além dos quatro países fundadores, posteriormente a Bolívia, o Chile, a Colômbia, o Equador e a República do Peru ingressaram no Mercosul como Estados associados. A Venezuela está em processo de integração ao bloco, por meio da assinatura de um protocolo de adesão em 04/07/2006⁷¹.

Em 1998, foi assinado o Protocolo de Ushuaia, que passou a fazer parte integrante do Tratado de Assunção sobre o compromisso democrático no Mercosul pela Bolívia e Chile. A assinatura do Protocolo de Ushuaia abriu caminho para que o marco legal mais recente na construção social da dimensão do Mercosul fosse aprovado. Trata-se da Declaração Sociolaboral do Mercosul, assinada em 10 de dezembro de 1998. Os Estados-Partes assinaram a Declaração afirmando estarem comprometidos com as declarações, pactos, protocolos, e outros Tratados que integram o patrimônio jurídico da humanidade⁷².

⁷⁰ CARACUEL, Manuel Ramón Alarcón. El principio de igualdad en el derecho de la Unión Europea. In VILLALÓN, Jesús Cruz (coord.). La Igualdad de Trato en el Derecho Comunitario Laboral. Espanha,: Aranzadi Editorial, 1997.

⁷¹ BARROS, Cássio Mesquita. Perspectiva do Direito do Trabalho no Mercosul. São Paulo: LTr 2011.

⁷² BARROS, Cássio Mesquita. Perspectiva do Direito do Trabalho no Mercosul. São Paulo: LTr 2011 p.54/55.

A Declaração Sociolaboral do Mercosul contém várias normas de caráter programático, por meio das quais os Estados-Partes se comprometem a garantir a não discriminação no emprego ou ocupação por motivo de raça, origem nacional, cor, sexo ou orientação sexual, idade, credo, opinião política ou sindical, ideologia, posição econômica ou qualquer outra condição social ou familiar, em conformidade com as disposições legais vigentes (cf. arts. 1º, 2º e 3º); a abolir todas as formas de trabalho forçado (cf. art. 5º) e a adotar políticas e ações que conduzam à abolição do trabalho infantil e à elevação da idade mínima para ingressar no mercado de trabalho (cf. art. 6º).⁷³

Não obstante a controvérsia a respeito da eficácia jurídica da Declaração Sociolaboral nos ordenamentos jurídicos dos países-membros, esforços têm sido feitos no sentido de aplicá-la às relações de trabalho⁷⁴. “Mesmo que a Declaração Sociolaboral do Mercosul seja considerada mera declaração de direitos e princípios, deve-se registrar que tal espécie de ato solene produz alguns efeitos importantes, dentre os quais se destacam: (i) inspira interpretações, normas e políticas públicas e permite fundamentar demandas e sentenças; (ii) em alguns países poderá ser elevada à categoria de princípio constitucional, por dizer respeito a direitos fundamentais da pessoa humana; (iii) comprometeria os governos signatários a pelo menos não atuarem contra o que proclamaram; e (iv) contribui para hierarquizar o trabalho no marco de processos de integração regional marcadamente economicistas, como foi o do Mercosul⁷⁵.

O marco legislativo mais recente na construção da dimensão social do Mercosul é o Protocolo de Assunção sobre o compromisso com a promoção e proteção dos direitos humanos do Mercosul, assinado em 19 de junho de 2005. Tal Protocolo, o qual ainda não entrou em vigor, reitera que a plena vigência das instituições democráticas e o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais são condições essenciais para a vigência e evolução do processo de integração entre as Partes signatárias. Todavia, e curiosamente, ele não faz nenhuma referência à Declaração Sociolaboral do Mercosul, que claramente dispõe sobre direitos humanos na esfera trabalhista.⁷⁶

⁷³ Idem p. 56.

⁷⁴ Registre-se a Sentença da Câmara Nacional de Apelações do Trabalho da Cidade de Buenos Aires, sala IV, no caso Alberto Domingo Stringa em face da Unilever da Argentina S.A., de 2000. Tal sentença considerou a Declaração norma pertencente ao ordenamento jurídico argentino, nos termos do artigo 75 inciso 22 da Constituição Argentina, além de afirmar que referida Declaração integra o *ius Mogens* internacional por conter normas referentes a direitos humanos. BARROS, Cássio Mesquita. *Perspectiva do Direito do Trabalho no Mercosul*. São Paulo: LTr 2011 p. 57-58.

⁷⁵ Idem p. 57.

⁷⁶ Idem p. 58.

CAPÍTULO III DISCRIMINAÇÃO

1 PROTEÇÃO CONTRA A DISCRIMINAÇÃO E GARANTIA DA IGUALDADE DE OPORTUNIDADES

O direito natural de igualdade foi historicamente subvertido e contrariado pelas próprias "normas", dentro da mais perversa criação humana; como exemplos, citam-se a inquisição, o nazismo e as grandes guerras. Surgiram, neste contexto, os direitos humanos como expressão do movimento limitador da arbitrariedade do Poder, em uma tentativa de fortalecer a tão fragilizada Igualdade Jurídica admitida por Rousseau na filosofia do século XVIII que triunfou com a Revolução Francesa de 1789⁷⁷, apenas para os homens. "Infere-se do art. 1º da Declaração do Direito do Homem e do Cidadão de 1789 que os seres humanos nascem e permanecem iguais em direito". O princípio ali contido traduzia uma reação contra os privilégios da nobreza e do clero oriundos do regime feudal, mas não impediu que outras desigualdades se instalassem no novo regime.

Saliente-se que as ideias de Rousseau não favoreceram, na época, as mulheres, quando considerou que "toda a educação da mulher deve ser relativa ao homem, sendo feita para ceder ao homem e suportar-lhe as injustiças". A confirmação desta visão se expressou notavelmente na realidade da época. Dentre outros fatos, relata-se que "durante a revolução francesa, Olympe de Gouges sustentou um projeto de Declaração dos Direitos da Mulher apresentado por ocasião da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e, em 1793, pelo que ela foi guilhotinada, ficando proibida qualquer organização de mulheres"⁷⁸. Somente após a Primeira Guerra Mundial é que se inicia, e de forma tímida, um processo de modificação no ordenamento jurídico internacional visando a promover a isonomia jurídica entre os sexos.

Os valores antidiscriminatórios surgem do aparente paradoxo entre a garantia da igualdade com respeito às diferenças. Em 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos expressou um consenso quanto à garantia dos direitos fundamentais, quais sejam os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, independentemente de nacionalidade, etnia, raça ou religião, introduzindo a noção de igualdade dos indivíduos de forma geral e abstrata e

⁷⁷ BARROS, Alice Monteiro de, Coord. VIANNA, Marcio Tulio e RENAUT, Luis Otávio Linhares. Discriminação. S. Paulo: LTR, 2000.

⁷⁸ Idem, p. 37.

refletindo um próprio temor das diferenças que, na era Hitler, foi justificativa para o extermínio. Em razão dos fatos presentes na época quando, dentre os indivíduos, existiam grupos tidos como inferiores com restrição de direitos, como ocorria com as mulheres (o que ainda se dá em alguns países), houve a necessidade de se conferir uma proteção especial e particularizada, reconhecendo-se a diferença e a diversidade ao lado do direito à igualdade, dentro do princípio fundamental da dignidade humana⁷⁹.

O direito à não discriminação está ligado a uma versão da igualdade e à dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade humana é o que garante ao ser humano condições mínimas físicas e morais para uma vida em sociedade. A dignidade é um valor espiritual e moral, inerente à pessoa, que se manifesta na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, tendo como centro o homem como um fim em si mesmo com direito à vida.

A abrangência e o conceito de igualdade são dinâmicos e vêm se modificando através dos tempos partindo do jusnaturalismo ao positivismo, o que requer que sua concepção seja analisada dentro de cada contexto e momento histórico a que se refere. A afirmação da igualdade formal, reduzida à forma "todos são iguais perante a lei", segundo a qual o legislador legitimado pela soberania popular deve zelar para que a lei trate igualmente os supostos iguais, restou insuficiente dentro da evolução do Estado Social, do qual se espera a efetivação da igualdade enunciada, para que consista em igualdade material.

A igualdade material requerida do Estado Social pode ser orientada tanto pelo critério socioeconômico, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva, quanto pelo ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades, ou seja, igualdade orientada pelas diferenças de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e outros critérios. A igualdade material, nesta concepção, requer a redistribuição e o reconhecimento de identidades orientadas pelas diferenças⁸⁰ sob a assertiva de que todos os seres humanos são iguais em direito à dignidade e merecem igual tratamento e oportunidades, valorizando-se as diferenças, sem imputar a estas classificações de inferioridade ou de superioridade. A diferença é uma realidade imposta pela natureza, mas ela não significa desigualdade; "as diferenças são biológicas ou culturais, e não implicam a superioridade de alguns em relação a outros. As desigualdades, ao

⁷⁹ DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. O Direito Fundamental à Não Discriminação. Revista da Escola da Magistratura do TRT da Segunda Região, nº 02. São Paulo: Setembro de 2007.

⁸⁰ PIOVESAN, Flávia. Revista do Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais. São Paulo: LTr, 2004.

contrário, são criações arbitrárias que estabelecem uma relação de inferioridade de pessoas ou grupos em relação a outros”⁸¹.

O princípio da igualdade pressupõe a desigualdade reinante entre uma pluralidade de entes. Contudo, existem as desigualdades naturais ou físicas, estabelecidas pela natureza, como as que consistem na diferença de idade e de saúde, das forças do corpo e capacidade de gestação, etc., como também existem as desigualdades embasadas em desigualdades morais ou políticas, por dependerem de uma espécie de convenção social influenciada por fatores culturais e religiosos; estas desigualdades constituem a base da discriminação.

O princípio da igualdade deve ser interpretado como igualdade real ou essencial que abrange desde a igualdade de tratamento até a igualdade de oportunidades, perfilando conceitos jurídicos, essenciais à sua promoção, relativos à discriminação indireta e a ações positivas.

2 DISCRIMINAÇÃO - CONCEITO E FUNDAMENTOS

O conceito de discriminação é extraído das normas internacionais, contudo possui alcance diferente, dependendo da época e da relação com a noção de igualdade. Em sua concepção original, a igualdade no contexto da Declaração Universal de Direitos Humanos equivalia à tutela ante a desigualdade na lei, ou seja, igualdade para o gozo dos direitos, razão pela qual as normas de proteção contra a discriminação, inicialmente, eram interpretadas como forma de proteção ao gozo igual destes direitos, o que significava o direito à não discriminação perante a lei.

Derivada do latim a palavra *discrimino*, discriminar significa separar, diferenciar, distinguir. Constitui uma palavra etimologicamente neutra de valoração positiva ou negativa. Todavia a construção jurídica do conceito imprimiu-lhe uma conotação negativa no sentido de diferenciar injustificadamente para negar direitos e oportunidades, bem como inferiorizar por razões intrínsecas, culturais ou valorativas.

A história, a religião, a família, o medo, o grupo social, etc., produzem elementos que compõem o ato de discriminar. A discriminação como ato resultante de formação cultural e exercício do poder pode ter como fundamento o preconceito, este é concebido como uma ideia, uma criação mental ou emocional preconcebida sobre uma pessoa, um grupo de pessoas ou um

⁸¹ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 200.

fato. O preconceito ou pré-juízo consiste em julgar ou conceituar alguém mediante generalização, banalização ou mistificação com efeito de condenação, censura ou rejeição por características intrínsecas ou extrínsecas⁸², circunstâncias, opções ou comportamentos, por concepções atávicas e convencionais, sem substrato científico ou comprovado. Contudo, o preconceito está situado nos limites da individualidade e está ligado à liberdade de pensamento, já a discriminação é a exteriorização do preconceito por meio de conduta ou omissão tendente a nivelar desigualdades e classificar o tratamento dos indivíduos⁸³.

Outro elemento motivador da discriminação é o etnocentrismo, "uma visão de mundo na qual o nosso próprio grupo é tomado como centro de tudo, e todos os outros são pensados e sentidos através dos nossos valores, modelos e definições"⁸⁴, decorrem da dificuldade de pensar e aceitar a diferença e gera insegurança, medo e hostilidade. Um terceiro elemento básico da discriminação é a estigmatização ou estereótipo, que consiste na personificação de características formando rótulos. A preferência, gostos e desgostos, como resultado composto pelos demais elementos, também pode ser causa discriminatória.

A discriminação viola o direito à igualdade e à dignidade humana, que são direitos fundamentais do cidadão, daí porque os tratados internacionais de garantia dos direitos humanos tendem a direcionar os Estados a proibir a discriminação e assegurar a igualdade de trato e oportunidades. Considere-se que na proibição da discriminação há um fundamento maior do que a mera proibição de tratamento desigual; há também uma censura de vícios existentes na estratificação social que se traduz a uma posição secundária de submissão e assimétrica de poder que se converte em atentado direto contra a dignidade do ser humano, sobre a qual se fundamentam todos os demais direitos.

O conceito originário e as dimensões de discriminação no tocante às relações de trabalho se atribuem à Convenção nº 111 da OIT⁸⁵ (1958) sobre “todas as formas de

⁸² AIEXE, Egídia Maria de Almeida. "Uma Conversa sobre Direitos Humanos, Visão da Justiça e Discriminação". In VIANA, Marcio Túlio; RENAULT, Luis Otávio Linhares (Coords) Discriminação. São Paulo: Ltr, 2000, p. 335.

⁸³ GUGEL, Maria Aparecida. Discriminação no Trabalho: In FREDIANI, Yone (Coord.). O Direito do Trabalho na Sociedade Contemporânea. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 2003.

⁸⁴ Idem, pp.335-336.

⁸⁵ I. *A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:*

a) *cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;*

b) *cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.*

discriminação no emprego e ocupação” a qual estendeu a noção de igualdade para o âmbito das relações privadas, mais especificamente, relações de trabalho, o que significa que os Estados deveriam passar a assegurar a igualdade de tratamento não mais apenas perante a lei, mas também perante o empregador. Esta ampliação subjetiva da conotação da igualdade dentro da perspectiva da não discriminação nas relações de trabalho entre agentes privados significou um grande marco na construção dos conceitos e teorias vigentes até hoje.

3 COLETIVOS DISCRIMINÁVEIS - PROTEÇÃO GENÉRICA E ESPECÍFICA

Os elementos que dão base à discriminação requerem um coletivo de sujeitos “vitimizados” em causas tidas como discrimináveis e que estão incrustadas no diagnóstico de comportamentos e práticas sociais; estas causas estão abertas de acordo com a variação do espaço e do tempo que alteram os valores e as necessidades, de tal forma que vão se alterando através do tempo. As normas antidiscriminatórias elegem características discrimináveis com base em um diagnóstico social, para proibir a valoração pejorativa, ou a discriminação. Estas características contemplam os valores de época ou dados históricos, algumas delas são imutáveis e fora do controle do indivíduo como, por exemplo; a etnia, gênero e idade, outras, estão ligadas aos direitos fundamentais de privacidade e liberdade como; o estado civil, a orientação sexual, ideologia política e religião, já outras podem ser circunstanciais e inerentes, como deficiência física e acometimento de doenças contagiosas.

As normas destinadas à proibição de atos discriminatórios, além da proibição genérica, em alguns casos apresentam um rol de características discrimináveis, ainda que não seja taxativo, estando aberto para que o intérprete aplique a proibição genérica a qualquer outra causa discriminatória. Em algumas outras hipóteses as normas trazem expressamente a possibilidade de inclusão de outras causas não mencionadas ali.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais de 04-11-1950 prevê, em seu art. 14, que o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos naquele convênio há de ser assegurado sem distinção alguma, especialmente por razão de sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, origem nacional ou social, pertencer a uma minoria nacional, fortuna, nascimento ou qualquer outra situação, deixando aberto ao aplicador da

norma a inclusão de qualquer outra situação passível de gerar restrições negativas a um coletivo e que afrontem direitos fundamentais.

O art. 1º, alínea "a" da Convenção n. 111 da OIT trata da discriminação nas relações de trabalho e faz uma enumeração bastante ampla das causas discriminatórias, incluindo os motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social. Na alínea "b", a mesma Convenção deixou o conceito aberto para que se inclua qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em emprego ou ocupação, a ser especificada por cada Estado-membro. Assim é que este rol de causas discriminatórias sofre alterações segundo as peculiaridades de cada tempo e lugar. Em algumas normas nacionais já foram incluídos, por exemplo, estado civil, orientação sexual, situação familiar, estética ou aparência, doenças, alcoolismo, vida pregressa (presidiário), participação sindical, ajuizamento de ações trabalhistas, entre outras.

4 A TRANSVERSALIDADE COMO CONCEITO DE IGUALDADE SOB A PERSPECTIVA DA IGUALDADE DE GÊNERO

A discriminação por sexo ou gênero e por raça ou cor está comumente presente nas normas proibitivas, tanto nas nacionais como nas internacionais. Estes coletivos serviram de base para o desenvolvimento da legislação e doutrina contra a discriminação. O sexo é a primeira expressão de divisão humana e não há qualquer questionamento quanto à existência de diferenças físicas e biológicas entre o homem e a mulher. Contudo, a forma de tratamento dessas diferenças e a repercussão que estas imprimem no poder que a história e a cultura vêm atribuindo ao homem causaram a necessidade da criação de normas de garantia de igualdade de direitos e proteção contra a discriminação da mulher.

A discriminação por sexo ou gênero reflete a distribuição de papéis sociais, ao lado de outros dados relativos à educação, religião, costumes, fatores históricos e às relações entre os homens, o que influencia condutas e comportamentos. Estes traços culturais associados a fatores como a legislação protecionista, a força muscular, os custos da mão de obra feminina durante os primeiros anos de vida dos filhos e a falta de formação profissional apropriada e

permanente, sobretudo na área técnica, científica e política, acabam por afetar a estrutura ocupacional das mulheres⁸⁶.

No que concerne à discriminação entre homens e mulheres, a igualdade de direitos entre os sexos se mostrou insuficiente para proporcionar o equilíbrio de direitos e poderes entre o homem e a mulher, o que levou à elaboração de um novo conceito de igualdade pela "transversalidade de gênero" adotado pela IV Conferencia Mundial sobre as Mulheres de Beijing (Pequim, 1995), cuja plataforma de ação inclui, entre os mecanismos institucionais para o avanço das mulheres, a integração da perspectiva de gênero nas legislações, políticas, programas e projetos públicos⁸⁷.

Segundo os conceitos firmados nesta conferência, o termo "gênero" faz referência ao conjunto de atributos, atitudes e condutas culturalmente vinculados e que definem o rol social de cada sujeito desde séculos em função do sexo e que são transmitidos às novas gerações. O valor outorgado pela sociedade aos papéis femininos tem sido inferior aos papéis masculinos, determinando-se uma posição socioeconômica discriminatória com relação às mulheres e uma situação assimétrica com relação aos homens, o que corroborou para atribuir-se ao termo gênero uma valoração, diferentemente de sexo, que possui conotação muito mais biológica que cultural⁸⁸.

La doctrina analiza la que se denomina nueva dimensión de la igualdad de género y señala que este nuevo tipo de igualdad, que constituye el objetivo a perseguir cara al futuro, "...pone el acento en el carácter adquirido, variable y artificial de la mayor parte de las diferencias de roles establecidas en función del sexo, que crean compartimentos sociales que inciden y conforman estructuras sociales que reflejan un desigual acceso y control de los recursos económicos, culturales y sociales entre hombres y mujeres en perjuicio de estas, afectando tanto en su dimensión individual como colectiva a la dignidad de la mujer en cuanto persona desigual. El enfoque de género identifica y pone de manifiesto las desigualdades de papeles asignados a hombres y mujeres en perjuicio de estas y persigue la igualdad como situación objetiva en la que hombres y mujeres puedan desarrollar sus capacidades personales y decidir sobre su destino vital sin las limitaciones impuestas por los estereotipos tradicionales....".

O conceito de transversalidade constitui o conceito essencial das políticas da União Europeia que consiste em integrar a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres nos

⁸⁶ BARROS, Alice Monteiro. Discriminação. São Paulo: LTr, 2000 p. 41.

⁸⁷ Disponível em: www.observatoriodegenero.gov.br. Acessível setembro 2012.

⁸⁸ RODRIGUEZ-PIÑERO, M. "Nuevas dimensiones de la igualdad de género: No discriminación y acción positiva", Persona y Derecho (Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos): 2001, Nº 44, p.234 e ss.

conjuntos das políticas e ações comunitárias. Isto significa a necessidade da realização de um estudo prévio do impacto de gênero de determinadas decisões no coletivo feminino, modificando assim o critério de adoção de políticas e normas que tenham como objetivo o desenvolvimento de políticas públicas, como por exemplo, na adoção da política de emprego, para a qual se deve ter em conta a segregação vertical e horizontal do mercado de trabalho, fomentando a contratação de mulheres em setores masculinizados e de homens em setores feminilizados, com rupturas das barreiras que permitem a ascensão das mulheres a postos de direção.

O conceito de discriminação direta por gênero abrange, portanto, os motivos inseparavelmente unidos ao sexo. A importância de diferenciar a proteção da igualdade e da discriminação está na aplicação dos conceitos não só aos coletivos, geralmente discriminados por questões ligadas ao poder de dominantes, como à garantia da aplicação a todos, ainda que singularmente discriminados, exemplo homens e brancos, cujo predomínio está no poder. Uma visão plana da discriminação inclui homens e mulheres com elementos de valoração sexualmente neutros. Dentro desta concepção, as normas que outorgam direitos à mulher em razão da maternidade só se justificam se vinculadas à gestação, sendo discriminatórias com relação aos homens se reafirmarem estereótipos pela concessão de direitos apenas às mulheres pela condição de mãe (por ex. enfermidade de filhos), quando a tarefa de cuidar dos filhos deve ser dividida entre o pai e a mãe.

5 FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO

A tipificação da discriminação ocorre quando uma pessoa seja, haja sido, ou possa ser tratada de maneira menos favorável em situação análoga às demais, pelos motivos mencionados na norma protetora. Na expressão menos favorável está implícita não apenas a desigualdade, mas também o aspecto pejorativo, considerando-se que o tratamento menos favorável dispensado aos discriminados é o reverso de tratamento mais favorável dispensado aos comparáveis.

A noção descritiva da Convenção 111 da OIT inclui a "exclusão, distinção ou preferência" que tenha o efeito de "anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em emprego ou ocupação" tendo estes comportamentos como fundamento os motivos enunciados no Convênio (raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência

nacional e origem social). O conceito de discriminação preconizado pela OIT, por sua leitura, não restringe sua aplicação às minorias ou classes desfavorecidas, por questões ligadas a poder de dominantes, do que se conclui que também permite uma visão plana em que incluem homens e mulheres, pretos ou brancos.

Dentro da formulação deste conceito, podem-se elaborar no mínimo três interpretações diversas, tais como: a) nem todo tratamento desigual é discriminatório, só o sendo aqueles fundados nos motivos mencionados na norma; b) todo tratamento desigual é discriminatório, exceto se houver uma justificativa legalmente prevista; c) nem todo o tratamento desigual em princípio é discriminatório, e somente será considerado como tal se causar efeito sobre um coletivo caracterizado por atributos discrimináveis e se não houver uma justificativa objetiva e razoável para a desigualdade. Esta última assertiva parece ser a mais compatível com a definição da Convenção 111.

Adotando alguns parâmetros oriundos da Convenção 111 da OIT, a doutrina atual nos Estados Unidos⁸⁹ classifica a discriminação individual (*Individual Disparate Treatment Discrimination*) como a que ocorre quando a conduta discriminatória atinge diretamente um ou mais empregados ou trabalhadores, individualmente considerados, em razão da raça, cor, religião, gênero, nacionalidade, idade ou outras bases legalmente protegidas. O traço característico deste tipo de discriminação é a intenção, ou motivação discriminatória do ato do empregador ou de seus agentes, em prejuízo de um empregado ou de grupo de empregados especificamente identificados. O ato pode ser praticado por referências verbais, diferenças salariais, rescisão contratual, tipos de serviços, promoção, etc. Para identificar a motivação discriminatória devem-se considerar os parâmetros gerais e o critério comparativo. Quanto à imputação da responsabilidade, o agente que pratica o ato pode ser caracterizado como representante do empregador ou como agente autônomo. Nos Estados Unidos, a prática do ato por colega de trabalho que não represente a empresa pode ter esta como responsável solidária, se sua política não tiver previsão de “tolerância zero” com punições severas ao agente que pratique o ato.

Outra classificação adotada pela doutrina dos Estados Unidos é a sistemática (*Systemic Disparate Treatment Discrimination*), quando as políticas empresariais ou decorrentes de normas coletivas discriminam grupos de pessoas em razão da raça, gênero, cor,

⁸⁹ ZIMMER, Sullivan, Richards and Calloway, “Cases and Materials on Employment Discrimination” USA: Aspen Law & Business, Fifth Edition.

religião, nacionalidade ou outras bases protegidas pela legislação. Neste tipo, também deve ser identificada a motivação discriminatória do agente que pode ser explícita ou implícita. Considera-se a intenção explícita quando a empresa literalmente define o tratamento diferenciado como, por exemplo, classificados de empregos com previsão de vagas para pessoas com idade inferior a 40 anos, ou convenção coletiva que estabeleça critério de dispensa coletiva parcial, na qual os escolhidos devem ser os empregados não associados ao Sindicato. A motivação é implícita quando os padrões e as práticas seguidas pela instituição demonstram o tratamento diferenciado, como, por exemplo, a contratação de todos os empregados da religião dos sócios da empresa. Um caso de discriminação sistemática implícita foi o ocorrido em uma escola pública americana em que, não obstante houvesse um grande número de alunos negros, a proporção de professores negros era sensivelmente inferior à proporção de alunos considerando o número de professores negros que se candidataram para o cargo. Outro caso foi o que envolveu uma grande empresa, na qual o número de mulheres nos cargos de vendedores comissionados, o que significava remuneração mais alta, era quase inexistente, se comparado ao número de mulheres vendedoras com salário fixo e inferior ao dos homens que ganhavam por comissão. Este tipo de discriminação sistêmica com motivação implícita se aproxima mais da discriminação indireta⁹⁰.

5.1 DISCRIMINAÇÃO DIRETA

A noção de discriminação não requer a definição de propósito ou a vontade discriminatória, mas, sim, o resultado motivado direta ou indiretamente por razões que afrontem o direito à igualdade de trato e oportunidades. O tratamento discriminatório é pelo efeito que causa, por suas consequências de desrespeito ao direito do sujeito discriminado, não sendo relevante a intenção que persegue o sujeito discriminador, que pode ter motivos admissíveis e razoáveis e não conhecer sequer a ocorrência do motivo da discriminação, o que fez a doutrina classificar a discriminação em direta e indireta. A discriminação direta, em resumo, pressupõe um tratamento pejorativo sobre sujeitos qualificados por algumas das causas enunciadas como causas de discriminação que apresentam um resultado desfavorável, para o qual resulta indiferente se haja tido motivação ou não no sujeito que discrimina.

⁹⁰ DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. Discriminação no Emprego – Formas, Defesas e Remédios Jurídicos. Revista LTr, ano 66. São Paulo: LTr, novembro/2002.

5.2 DISCRIMINAÇÃO INDIRETA

Na discriminação indireta o elemento caracterizador é o mecanismo por meio do qual se provocam resultados desfavoráveis, por medida objetivamente neutra (se a intenção estiver camuflada é oculta e direta) que possui uma virtualidade prejudicial sensivelmente maior para o coletivo discriminado do que para os demais. Sensivelmente maior não significa que nenhum dos não integrantes do grupo não poderá ser prejudicado. Não se trata da necessidade de contemplar a situação dos indivíduos caso a caso; mas de comparar coletivos que se encontrem em situação semelhante e que experimentem diferenças de trato, pelo que o caso singular de um sujeito não é relevante se o conjunto cumpre a regra descrita⁹¹.

Neste tipo de discriminação não se valora o uso como fator diferencial de características proibidas, porque esta utilização, em princípio, não se produz, e sim a intensidade do efeito do uso de um fator aparentemente neutro, e, portanto, legítimo na adoção de determinada medida, ao se aplicar dita medida a um coletivo determinado caracterizado por uma situação histórica de discriminação. Neste caso, o caráter discriminatório ou não de uma determinada medida que impacta de forma desfavorável sobre o coletivo feminino deve medir-se em função da proporcionalidade do resultado prejudicial, de tal maneira que um fator de diferenciação originariamente legítimo pode deixar de sê-lo se resulta demasiado custoso quanto à agravação da situação discriminatória de um coletivo tradicionalmente marginalizado. Desta forma, a própria existência ou inexistência do caráter discriminatório, em determinada medida ou conduta, depende do juízo de razoabilidade que há de ser realizado pela autoridade competente⁹².

Segundo a doutrina norte-americana, a discriminação indireta é classificada como discriminação reflexiva (*Systemic Disparate Impact Discrimination*) e se assemelha com a sistemática quanto à abrangência genérica e coletiva do ato; contudo, se diferencia pela não caracterização da intenção discriminatória como motivadora da prática do ato. Assim, o impacto discriminatório existe quando a política do empregador, independentemente de intenção, afeta negativamente um grupo, mais do que o outro, sem uma justificativa adequada. Os casos clássicos que serviram de base para o desenvolvimento da doutrina americana e vêm

⁹¹ LÓPEZ, Maria Fernanda Fernández, "Notas sobre La Evolucion Reciente de La Normativa Antidiscriminatoria: una perspectiva internacional, Artigo p. 11/12. In DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. O Direito Fundamental a Não Discriminação. Revista da Escola da Magistratura do TRT da Segunda Região, nº 02, Setembro de 2007.

⁹² LÓPEZ, Maria Fernanda Fernández - "Notas sobre La Evolucion ...ob. Cit.

servindo como paradigmas para outros inúmeros casos, tratam de situações nas quais houve alegação de que a prática da empresa, independentemente de intenção ou motivação discriminatória, criou óbices para mudanças do *status quo* das minorias historicamente discriminadas⁹³.

Um clássico exemplo de discriminação reflexiva que chegou às Cortes Americanas foi o de uma empresa que estabeleceu testes para a promoção de empregados para cargos diferenciados, nos quais apenas os brancos apresentaram o resultado exigido. Considerando que o conhecimento necessário para a aprovação no teste era irrelevante para o desempenho da função, a prática foi considerada pelos julgadores como discriminatória pelo impacto que causava. Em outro caso foi questionado o processo de seleção de empregados utilizado pela empresa, diante do qual os cargos não qualificados eram sempre preenchidos por filipinos e nativos do Alaska, enquanto os cargos qualificados eram ocupados por trabalhadores brancos, muito embora fosse comprovado que dentre os primeiros havia pessoal qualificado para ocupar os cargos com melhor remuneração⁹⁴.

6 DISCRIMINAÇÃO LEGALMENTE JUSTIFICADA

Diante da doutrina convencional não existe discriminação justificada, pois o que caracteriza a discriminação é o tratamento diferenciado sem justificativa, logo, segundo o conceito do Convênio 111 da OIT, o tratamento desigual, ainda que com base nos fatores proibidos, se forem justificados conforme permissivo legal, não são atos discriminatórios. Assim, o conceito de discriminação fica mais, ou menos, abrangente, dependendo das justificativas legalmente previstas e admitidas, restringindo o conceito de discriminação ao tratamento desigual motivado por atributos proibidos, sem justificativa específica apresentada pelo Estado Membro, o qual requer prévia consulta às organizações representativas de empregadores e trabalhadores, conforme alínea "b" do art. 1º do respectivo Convênio.

⁹³ ZIMMER, Sullivan, Richards and Calloway, "Cases and Materials on Employment Discrimination" USA: Aspen Law & Business, Fifth Edition.

⁹⁴ DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. "Discriminação no Emprego, Formas, Defesas e Remédios Jurídicos" Revista LTr, vol.66, n.11, nov. 2002. São Paulo: LTr, p. 1334/1336.

A delimitação do conceito de discriminação conforme a existência ou não de justificativa do ato de tratamento desigual é expressa em outros dispositivos do Convênio⁹⁵ quando dispõe que os mesmos atos de exclusão, distinção ou preferência que tenham o efeito de anular ou alterar a igualdade de tratamento e oportunidades, ainda que com base em atributos discrimináveis, não serão considerados como discriminação, se tiverem como base qualificações exigidas para um determinado emprego, excluindo também do conceito de discriminação as medidas necessárias “sobre suspeitos que se dedicam a atividades prejudiciais à segurança do Estado” e as medidas especiais de proteção e assistência a outros Convênios e Recomendações da OIT⁹⁶.

A Convenção 111 da OIT permite que o Estado, com prévia consulta das organizações de representação de empregadores e trabalhadores, defina como não discriminatórias as medidas que visem a suprir a necessidade de proteção e assistência especial⁹⁷. Logo, cada Estado membro poderá excluir do conceito de discriminação medidas que tratem diferentemente grupo de pessoas, mas que visem a suprir a necessidade de proteção, como por exemplo, aquelas destinadas à proibição do trabalho infantil, bem como medidas que tratem diferentemente pessoas com necessidade de assistência especial, como por exemplo, os deficientes físicos.

O conceito adotado no Convenio 111 da OIT em 1958 tem orientado a legislação e jurisprudência de vários Estados até os dias de hoje, contudo, a metodologia da definição merece reparos da doutrina, já que deixa à mercê dos Estados, das organizações sindicais e do Judiciário a discricionariedade da escolha das justificativas das desigualdades, podendo ampliar

⁹⁵ 2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

⁹⁶ Artículo 4

No se consideran como discriminatorias las medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospecha legítima de que se dedica a una actividad perjudicial a la seguridad del Estado, o acerca de la cual se haya establecido que de hecho se dedica a esta actividad, siempre que dicha persona tenga el derecho a recurrir a un tribunal competente conforme a la práctica nacional.

Artículo 5

1. Las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se consideran como discriminatorias.

⁹⁷ 2. Todo Miembro puede, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial.

e restringir o conceito de discriminação conforme os valores e políticas do local e da época, o que torna demasiadamente flexível o direito fundamental de igualdade e não discriminação.

A presente tese foi concebida com o intuito de corroborar com a exclusão do conceito de discriminação da "ausência de justificativa" da doutrina, e de que os permissivos legais para o tratamento desigual passem a ser discriminação legalmente justificada, diante do pressuposto de que as justificativas podem ser flexíveis e temporárias. Em havendo justificativa legal para o ato discriminatório, pergunta-se, neste caso, se houve discriminação justificada por um permissivo legal ou não houve discriminação? No entendimento desta autora, a discriminação existiu, contudo ela é legalmente aceitável, o que ocorre também quando a lei, por políticas públicas, discrimina por idade, por exemplo, quando proíbe o trabalho do menor ou fixa idade inferior de aposentadoria para mulheres em relação aos homens, ou quando a própria lei discrimina para criar compensações, favorecendo alguns em detrimento de outros, como nos casos das ações positivas. O mesmo ocorre quando há mandatória necessidade ocupacional, como nos clássicos exemplos de atores e atrizes para desempenhar determinados papéis.

A discriminação, portanto, ocorre quando os efeitos do ato afrontam o direito à igualdade de trato e oportunidade, podendo ser permitida com base em pressupostos legais. Parece extrair do conceito de discriminação indireta mais justificativas, dentre estas a finalidade, cujos meios devem ser adequados e necessários. Aqui, mais um argumento contrário à inclusão da justificativa no conceito de discriminação, pois o ato continua sendo discriminatório, ainda que a finalidade o torne necessário e adequado.

6.1 DISCRIMINAÇÃO E NECESSÁRIA QUALIFICAÇÃO OCUPACIONAL

Alguns tipos de atividades exigem determinadas características que podem ser exigidas dentro da relação de trabalho, com a exclusão daqueles que não as possuem, hipóteses nas quais a discriminação é legalmente justificada. O texto da Convenção 111 da OIT, em seu art. 2o., já expressou esta possibilidade⁹⁸ quando prevê que não são consideradas discriminação as distinções, exclusões ou preferências embasadas nas qualificações exigidas por um emprego determinado. Pelo texto da OIT, as distinções por necessária qualificação ocupacional não são consideradas discriminação dentro da definição do art. 1º da própria Convenção; contudo, defende-se aqui a existência da discriminação, mas esta é legítima ou justificada. Nos Estados

⁹⁸ Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación. (art. 2º Conv. 111 da OIT).

Unidos esta justificativa é cabível no campo da defesa e pode ser traduzida como necessária qualificação ocupacional, segundo a qual não é considerado ilegal ato praticado por causa de religião, sexo, origem e idade, em razão da natureza do negócio ou da atividade, mas não se admite a mesma exceção por causa da etnia.

Por necessária qualificação ocupacional entende-se uma qualificação razoavelmente necessária para a normal operação de um negócio com características particulares. Como um exemplo da exclusão da proibição legal tem-se a exigência de determinado tipo de religião para a contratação de professores, nas escolas religiosas. Convém notar que a defesa calcada na necessária qualificação ocupacional também traz grande parcela de subjetividade ou discricionariedade. Indaga-se, por exemplo, qual o tipo de trabalho que exige qualificação necessária ligada ao gênero, homem ou mulher? Até que ponto isto significa necessária qualificação ocupacional ou reafirmação de tradicionais estereótipos segundo os quais a mulher é mais frágil e deve ser protegida e não deve exercer determinadas atividades? Até que ponto a cultura e seus traços característicos devem ser respeitados? Um caso clássico que chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos foi a exigência do sexo masculino para vagas de guardas de um presídio masculino. A pergunta que se fez foi se pertencer ao gênero masculino era uma qualificação necessária para o negócio, ou se esta restrição significava ato discriminatório contra o acesso da mulher àquela oportunidade de trabalho. E caso a norma tivesse em foco a proteção da mulher, pergunta-se se esta é uma decisão que deve ser tomada pelo Estado, ou se cabe a cada mulher a decisão quanto à sua candidatura a esta vaga, casos em que o Estado não deve restringir o acesso às mulheres a mais este posto de trabalho.

Dependendo da legislação interna de cada Estado pode-se indagar, como meio de defesa complementar, se pode ser justificada a atitude de empresa com a preferência do consumidor e a sobrevivência econômica da empresa, desde que devidamente comprovado. Por exemplo, em uma clínica ginecologista seria admissível a defesa de que a contratação de mais médicas do que médicos se deu em razão da preferência das clientes⁹⁹. Neste caso, o conceito de igualdade seria aplicável para ambos os sexos, ou, pelo conceito de transcendência, o homem não teria este direito?

A justificativa deve ser legal, objetiva e razoável, ou seja, quando não persegue um fim legítimo ou quando não existe uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida não é uma justificativa aceitável para este fim. Ou seja,

⁹⁹ DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos, *ob. Cit.*

além da qualificação exigida pelo emprego, pode-se excluir, distinguir ou dar preferência por motivo de gênero, por exemplo, anulando e alterando a igualdade de tratamento e oportunidades. A legalidade das justificativas depende da legislação de cada país, podendo estar prevista na Constituição Federal, leis ordinárias, normas coletivas, regulamento da empresa ou ainda jurisprudência, ficando a cargo do Juiz ponderar sobre a legitimidade e oportunidade destas, diante da alegação das partes.

6.2 DISCRIMINAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO E EQUILÍBRIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A discriminação se manifesta em um nível insuficiente e inadequado de formação e educação dos integrantes do coletivo discriminado. A subvalorização do trabalho diante dos obstáculos ao pleno desenvolvimento destes cidadãos constitui uma situação complexa, cujas causas nem sempre são perceptíveis como tratamentos desiguais, pelo menos de forma consciente. Estes tratamentos se manifestam iguais na forma, porém os fatos produzem resultados desiguais para determinados coletivos ou sem necessidade de que, ao mesmo tempo, produzam resultados mais benéficos para os coletivos não discriminados e seus integrantes.

Dentro do objetivo de atuação do Estado de Direito como Estado Social, este deve implementar mecanismos que visem a preservar e garantir a efetividade dos Direitos Fundamentais, e assim o fazer por meio de suas Políticas Públicas operacionalizadas por seus diversos instrumentos, dentre estes a legislação.

As normas internacionais de respeito à dignidade humana reúnem uma ampla gama de valores oriundos das mais diversas culturas e etnias e tendem a influenciar as normas internas dos Estados que compartilham destas normas no tocante à definição de suas políticas públicas. No tocante ao direito à igualdade e não discriminação nas relações de trabalho, conforme consta no capítulo anterior, foram firmadas pela Organização Internacional do Trabalho as Convenções n. 100, sobre a igualdade salarial entre homens e mulheres e a Convenção n. 111 sobre a discriminação no emprego e ocupação. Ambas as Convenções solidificaram valores permanentes e duradouros que têm inspirado as legislações pertinentes nos últimos 50 anos; contudo, dentro da interpretação da igualdade existem desdobramentos concernentes a outros valores ligados à proteção que são ponderados e modificados juntamente com a cultura, provocando mudanças das políticas públicas, tanto dos Órgãos Internacionais como dos Estados Membros.

No que concerne à mulher, por exemplo, as normas internacionais apresentavam tendências de proteção ao sexo feminino contra a exploração e em prol da saúde e bem-estar das mulheres. Estas normas foram edificadas sob conceitos de que a mulher é mais frágil e que deve ser preservada, pelo seu papel de mãe, enquanto era do forte varão a obrigação de trabalhar e trazer o sustento para casa. Em grande parte das culturas estes valores vêm sendo modificados de tal forma que as mulheres passaram a compartilhar o mercado de trabalho, e muitas normas de proteção à saúde e bem-estar da mulher passaram a ser vistas como obstáculos ao acesso da mulher ao mercado de trabalho. Desta forma, o sustentáculo destas "normas tidas como protetoras" passou a ser negado, já que elas não possuíam fundamento científico e refletiam os aspectos culturais e históricos que perderam a consistência diante da mudança dos hábitos e valores.

Diante desta percepção, a OIT tem alterado algumas de suas normas, o que vem ocorrendo também nas legislações internas dos Estados membros. A tendência é que as normas de proteção à saúde da mulher passem a ser direcionadas à proteção da maternidade dentro da delimitação da exclusiva capacidade biológica para a gestação e amamentação, sem olvidar a necessidade de criação de outras normas de proteção e incentivo ao acesso da mulher ao mercado de trabalho. Contudo, não obstante os novos valores de igualdade entre o homem e a mulher, a legislação interna de cada país se altera gradativamente, remanescendo ainda normas discriminatórias, como, por exemplo, a sucessão da coroa em algumas monarquias e as diferenças em regime de pensão e aposentadorias com privilégios às mulheres. Outro aspecto que demonstrou grande alteração de valores foi a política internacional de trabalho com relação aos índios. A própria OIT se norteava na edição de suas normas que tinham como consequência natural a civilização dos índios para inseri-los no mercado de trabalho. Posteriormente, tais valores foram revistos no sentido de respeito à cultura indígena passando a diferenciar os índios que aderiram à cultura estatal daqueles que mantêm a própria cultura.

As políticas públicas exercem um papel muito importante na implementação de medidas que tenham o objetivo de corrigir as distorções decorrentes da dinâmica social norteadas pelos direitos fundamentais do cidadão, dentre estes a proteção à infância e educação dos menores, daí porque tanto as normas internacionais como as normas internas de diversos países proíbem o trabalho do menor. Esta proibição isoladamente analisada poderia ser considerada discriminação por idade, contudo, reafirma política pública de proteção à infância e à educação do menor como proteção especial à qual se refere a Convenção 111 da OIT.

Na definição de suas políticas públicas o Estado deve definir o fim que almeja atingir , para isto, deve ponderar valores entre a proteção e o acesso ao trabalho, a educação acadêmica e a qualificação profissional, de forma a proporcionar a garantia e equilíbrio dos direitos fundamentais, sem desconsiderar os limites de sua intervenção dentro do respeito à liberdade individual e familiar.

6.3 DISCRIMINAÇÃO E ACESSO - AÇÕES POSITIVAS

O princípio da igualdade que inspira as normas que proíbem a discriminação e que promovem iguais oportunidades nas relações de trabalho conta, dentre outros, com dois sentidos. O primeiro é de tratamento igual, independentemente das características pessoais, conforme defende a teoria universalista. Este critério, cego às classificações de gênero, etnia ou qualquer outra elegível ao tratamento diferenciado por ações positivas, na prática, pode não resultar em iguais oportunidades quanto aos resultados, em razão das desvantagens historicamente geradas e do residual de discriminação que ainda permanece. Um segundo sentido ligado ao resultado como a distribuição dos empregos e oportunidades considerando-se, também, os cargos de melhor salário e o *status* social, segue a concepção de que, por meio do igual tratamento, alterar-se-á a distribuição de empregos, no sentido de que as normas que proíbem a discriminação abrangem também métodos para equalizar a distribuição das vagas em universidades, nos postos de trabalho e outras oportunidades.

Esta segunda concepção de igualdade reflete a necessidade de positivação de atos com vistas a garantir oportunidades para grupos discriminados e alijados das garantias mínimas necessárias a uma vida digna dentro de uma concepção de igualdade real. Sob o foco da igualdade real, que adota como paradigmas aqueles que possuem melhor posição dentro da sociedade, como, por exemplo, o homem e os brancos, a proteção negativa de não discriminar manifesta-se insuficiente, fazendo-se necessário viabilizar o acesso para a pluralidade e a diversidade nas relações sociais, para o que requer medidas inclusivas promovidas pelo Estado Social por meio de suas políticas públicas.

O tratamento diverso de situações distintas pode ser exigência de um Estado social e democrático de direito para a efetividade dos valores que a Constituição consagra com caráter de superiores. A justiça e a igualdade real e efetiva são metas a serem promovidas pelos Poderes Públicos, para remediar a situação de determinados grupos sociais colocados em posições de inegável desvantagem no mundo laboral por razões que resultam de tradições e

hábitos profundamente arraigados na sociedade, e dificilmente elimináveis, o que caracteriza uma situação distinta que exige tratamento distinto, destinando-se a eliminar discriminação pré-existente¹⁰⁰.

¹⁰⁰ RIO, Teresa Perez Del. La aplicación de la Directiva 76/207 en España. In VILLALÓN, Jesús Cruz (coord.). La Igualdad de Trato en el Derecho Comunitario Laboral. Espanha: Aranzadi Editorial, 1997, p. 230.

CAPÍTULO IV AÇÕES POSITIVAS OU MEDIDAS DE AÇÃO AFIRMATIVA

1 FUNDAMENTOS E OBJETIVOS DAS MEDIDAS DE AÇÃO AFIRMATIVA

As medidas de ação afirmativa estão intimamente ligadas às concepções da igualdade, já que cria um tratamento desigual com a finalidade de se alcançar a igualdade. Firmino Alves Lima em seu livro *Mecanismo Antidiscriminatório nas Relações de Trabalho*¹⁰¹ dedica várias páginas ao princípio da igualdade, incluindo uma visão bastante contemporânea da qual se destaca três concepções: a igualdade real, a igualdade de oportunidades e a igualdade como fator de inclusão social. A igualdade real expressa a insuficiência da igualdade formal que exigia do Estado o tratamento igual de todos os cidadãos sem distinção, com o objetivo da redistribuição dos bens materiais.

A igualdade de oportunidades requer a igualdade de chances e de ponto de partida ainda que para se atingir este objetivo se tenha que promover algumas aparentes desigualdades jurídicas. As desigualdades jurídicas devem ser permitidas e, inclusive, devem ser promovidas pelo próprio Estado e pelos particulares, tão somente baseadas em fundamentos juridicamente permitidos. A permissão para tanto deve estar restrita às ações e posturas de desigualdade, estatais ou privadas que não venham a resultar em violação de direitos fundamentais e que venham a promover a pessoa humana, histórica, econômica, ou socialmente desfavorecida. As desigualdades que venham a provocar violações de direitos fundamentais deverão ser reprimidas, bem como aquelas que possuam contexto arbitrário, ou seja, destituídas de fundamento objetivo e racionalmente justificável¹⁰².

Neste sentido, Norberto Bobbio defende a ideia de que, ao situar indivíduos desiguais por nascimento nas mesmas condições de partida devem introduzir artificialmente ou imperativamente, discriminações não existentes, tal qual em algumas competições desportivas nas quais os competidores menos experimentados têm concedido para si certa vantagem a respeito dos mais experientes. Nesse esboço, e na mesma passagem, arremata o jurista italiano com a clareza que lhe é peculiar: “uma desigualdade se converte em um instrumento de

¹⁰¹ LIMA, Firmino Alves. *Mecanismos Antidiscriminatórios nas Relações de Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2006, p. 56-62.

¹⁰² Idem.

igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade precedente, de modo que a nova igualdade é resultado da nivelação das desigualdades.”¹⁰³

A igualdade como fator de inclusão social pressupõe também integrar os menos favorecidos na sociedade mediante instrumentos baseados em condições desigualmente mais vantajosas, em face das desigualdades vividas pelo grupo até então, para que tenha as mesmas oportunidades de ascensão ao poder dos grupos até então dominantes. Nesse sentido, obtendo-se a inclusão social dos grupos excluídos, estar-se-á, em última análise, atendendo a um princípio de justiça social.¹⁰⁴

O princípio da igualdade que inspira as normas que proíbem a discriminação conta, dentre outros, com dois sentidos. O primeiro é o de tratamento igual independentemente das características pessoais, como defende a teoria universalista¹⁰⁵. Este critério, cego às classificações de gênero, etnia, deficiência ou qualquer outra elegível ao tratamento diferenciado, na prática, pode não resultar em efetiva igualdade de oportunidades quando analisados os resultados. As desvantagens historicamente geradas e o residual de discriminação sofrida por alguns membros de determinados grupos impedem que se concretize a igualdade real sem a intervenção do Estado em favor destes grupos. Uma segunda concepção de igualdade reflete a necessidade de positivação de atos com vistas a garantir oportunidades e resultados para grupos discriminados que se mantiveram alijados das garantias mínimas necessárias a uma vida digna. Para garantir esta igualdade, o Estado Social pode se utilizar de instrumentos normativos e de Políticas Públicas para instituir o que se convencionou chamar de ações positivas ou medidas de ação afirmativa.

À Justiça não basta mais o sentido distributivo que lhe empresta a filosofia clássica, se tornando cada vez mais indispensável o caráter *diorótico*, retificador, corretivo, retributivo. Dessa perspectiva, a isonomia não decorre da posição dos sujeitos e sim das relações a serem igualadas”. “Esse vetor deve estender-se, em providência de efeito circular, desde as leis, passando pelas políticas públicas, readequando a educação, impondo ações afirmativas, até chegar à reestruturação do processo judicial, visando à reconstrução do ordenamento, para cumprir o comando constitucional da igualdade”¹⁰⁶.

¹⁰³ Idem, p.59.

¹⁰⁴ Idem, p. 64.

¹⁰⁵ Referências atribuídas a Brian Barry no capítulo I “multiculturalismo”.

¹⁰⁶ MALLETT, Estêvão ; MERINO, Lucyla Telles ; PERES, Antonio Galvão ; FAVA, Marcos Neves. Direito do Trabalho e igualdade e igualdade étnico-racial. In PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas. (org.). Ordem jurídica e igualdade étnico-racial. São Paulo: Prol Ed, 2006 p. 306.

Em conformidade com o disposto nas Convenções Internacionais¹⁰⁷ e com a doutrina sobre as ações positivas ou medidas de ação afirmativa pode-se conceituá-las como: *medidas especiais de caráter temporal destinadas a determinados grupos historicamente discriminados para acelerar a efetividade da igualdade substancial*. Em um conceito mais amplo, pode-se dizer que: ação positiva ou ação afirmativa abrange um conjunto de medidas de caráter temporal que tem por finalidade garantir a igualdade de oportunidades e resultados, eliminando os obstáculos que se opõem à igualdade real ou de fato entre pessoas ou grupos tidos como necessitados de proteção pela intervenção estatal.

Diante da insuficiência da proibição da discriminação para alcançar a igualdade real de tratamento e oportunidades, o Estado deve adotar medidas proativas em busca de seu escopo de justiça social. A legitimidade das medidas de ação afirmativa como discriminação positiva tem como fundamento, dentre outros, a reparação ou compensação por erros praticados no passado, a promoção da justiça social, a integração da diversidade e maior representatividade de grupos sub-representados em posições de decisão, como pressuposto da real democracia.

Adotadas como instrumento de promoção da igualdade substancial, as medidas de ação afirmativa se fundamentam pelo clamor à justiça compensatória e distributiva. Pela ideia de compensação, as medidas de ação afirmativa teriam a função de reparar as injustiças cometidas no passado aumentando as chances das vítimas dessas injustiças para que tenham efetiva igualdade de oportunidades no presente. A ideia de justiça compensatória tem em conta a negação de direitos a certos grupos em razão do gênero, etnia, raça, origem social, religião, etc., do que decorre grande desvantagem com relação àqueles que estiveram por décadas em situação privilegiada. O argumento da compensação ou reparação foi utilizado muito fortemente nos Estados Unidos da América, para justificar as medidas de cunho racial destinadas a compensar fatos históricos como a escravidão e a segregação, bem como para reparar as desvantagens decorrentes da discriminação imposta às mulheres, cuja repercussão persiste ainda hoje.

As medidas de ação afirmativa podem ser vistas sob a perspectiva dos direitos humanos, como instrumento de reafirmação da dignidade com respeito às características pelo reconhecimento das diferenças¹⁰⁸. Ao lado do direito à igualdade sob o aspecto formal surge o

¹⁰⁷ Convenção 111 da OIT(1958) art. 5º, O art. 2º, II, da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial da ONU(1965) e a Convenção da ONU para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979).

¹⁰⁸ Referência no capítulo I às ideias de Honneth em artigo denominado Reconhecimento ou Redistribuição?

direito à diferença, não mais para ser utilizada para aniquilar direitos, mas sim para afirmá-los e promovê-los como atributo da justiça social.

A justiça social pode ser vista com um caráter bidimensional de redistribuição somada ao reconhecimento de identidades. O direito à redistribuição requer medidas que enfrentem a injustiça econômica e social da marginalização e das desigualdades, por meio da transformação nas estruturas socioeconômicas. Já o direito ao reconhecimento requer medidas que enfrentem a injustiça cultural, dos preconceitos e dos padrões discriminatórios, por meio da transformação cultural e por meio da adoção de uma política de reconhecimento¹⁰⁹.

A ação afirmativa como justiça distributiva se projeta como um instrumento para aumentar as chances e diminuir as desvantagens com vistas à redistribuição equânime dos bens e benefícios em conformidade com os princípios da justiça social. A ideia de justiça social parte do reconhecimento das injustiças do passado e das grandes desigualdades do presente e defende a adoção de medidas de equilíbrio, não para compensar violações históricas, mas sim para superar obstáculos para a construção de uma sociedade mais igualitária.

No tocante ao fundamento da diversidade como fator de desenvolvimento, utilizado, sobretudo para defender as ações afirmativas nas universidades, se invoca a necessidade da construção plural do conhecimento, conforme a versão pluriétnica da sociedade. A ação afirmativa é introduzida, não no sentido de negar a igualdade, mas visando a aprimorar a ideia de igualdade civil que exige a produção ativa do Estado na promoção da diversidade nas universidades e, conseqüentemente, na formação de profissionais, oriundos de grupos outrora discriminados, que deverão atuar em vários setores da sociedade ocupando cargos que exigem formação em curso superior.

O fundamento da representatividade dos grupos nos setores que detêm o poder de decisão e no campo profissional de comando é bastante utilizado na Europa, no tocante à participação das mulheres nos destinos dos Estados Membros, já que estas compõem grande parte da população. A importância da representatividade dos grupos nos órgãos de poder está no direcionamento das decisões não apenas para corrigir as desigualdades, mas para prevenir que estas venham a se repetir. Neste aspecto, nos Estados Unidos da América, o sentido é de incentivo à ascensão das minorias para a representatividade econômica, social e cultural. Como escreveu o Ministro Joaquim Barbosa a respeito:

¹⁰⁹ PIOVESAN, Flavia, notas taquigráficas dos anais da audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal. para julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 e Recurso Extraordinário 597.285.

As ações afirmativas constituíram, por fim, um excelente instrumento de fomento ao surgimento de exemplos vivos de ascensão social, política e cultural – os chamados “*role models*”. Vale dizer, a presença de representantes de minorias em posições de prestígio e poder teria um formidável efeito de estímulo sobre as gerações mais jovens, que neles veriam um exemplo a ser seguido. Isto, por outro lado, sinalizaria a essas novas gerações o fim das barreiras cerceadoras do seu crescimento e ascensão¹¹⁰.

2 DESTINATÁRIOS DAS MEDIDAS DE AÇÃO AFIRMATIVAS

As razões apresentadas e os grupos escolhidos para a adoção de ações positivas dependem das circunstâncias de cada Estado. Além das mulheres, minorias raciais, indígenas, pessoas com deficiência, idosos, jovens e pessoas com responsabilidades familiares, outros grupos como veteranos de guerra nos Estados Unidos, aborígenes no Canadá, castas e tribos, designadas *Scheduled Castes* e *Scheduled tribes* na Índia, negros e pessoas de cor na África do Sul, bumiputras na Malásia e minorias católicas na Irlanda do Norte¹¹¹, também foram grupos eleitos como destinatários de ações afirmativas, tanto junto ao setor público como ao setor privado.

A definição de quem pode se beneficiar das medidas de ação afirmativa é uma tarefa muito importante, já que tem claras implicações orçamentárias e os beneficiários recebem vantagens especiais em detrimento dos demais. Cada Estado deve fazer um diagnóstico preciso da situação que justifique a medida para que não se criem desigualdades, oportunismos e injustiças, quebrando-se a coesão social. A eleição dos grupos beneficiários deve ser precedida de: a) detalhado diagnóstico estatístico da situação dos grupos no País; b) escolha democrática do tipo, quantidade, intensidade e duração das medidas com vistas ao fim almejado, c) avaliação periódica e detalhada dos resultados alcançados pelas medidas para verificação da adequação e necessidade de ajustes.

A escolha dos beneficiários deve seguir critérios objetivos fundamentados em estatísticas abrangentes, levando em conta aspectos econômicos e geográficos quanto a diferenças regionais, pois é muito importante que a escolha dos beneficiários seja justificada por um direito fundamental e jamais por opção política.

¹¹⁰ GOMES, Joaquim Barbosa, Ob. Cit. p. 233.

¹¹¹ TOMEI, Manuela. Ação afirmativa para a igualdade racial: características, impactos e desafios, Genebra: OIT, 2005.

3 LIMITES E CAUTELAS

Por se tratar de medidas temporárias de exceção aplicáveis apenas a determinados grupos, estas devem ser adequadamente escolhidas, fundamentadas e avaliadas, sob pena de violarem direitos individuais e a garantia de não discriminação das pessoas que não pertençam aos grupos beneficiários. Assim, as medidas de ação afirmativa devem ser elaboradas com muita cautela para não se transformarem em discriminação reversa, prejudicarem a eficiência do conjunto, ou ainda, se atrelarem às políticas identitárias que reforçam as desigualdades entre os grupos, além da estigmatização e do oportunismo, hipóteses em que membros inelegíveis ou grupos diversos podem reivindicar os mesmos benefícios.

Tratando-se de medida de exceção à proibição de discriminar, o Estado social que visa a atingir o bem comum de toda a população deve se munir de muita cautela, tanto na eleição dos beneficiários como na escolha do tipo de ação afirmativa. A análise da conveniência e oportunidade deve ser feita com base em dados empíricos e jamais em alegações de determinados grupos de liderança com influência nas políticas legislativas. Outro aspecto fundamental é que tais medidas devam estar em conformidade, não somente com as normas internacionais, mas com as normas constitucionais de cada Estado, merecendo, por ser medida de exceção, interpretação restritiva e não ampliativa.

A escolha dos beneficiários deve ser muito bem avaliada pelos riscos das medidas favorecerem apenas os membros mais esclarecidos e em melhor situação dentro do grupo, levando ao aumento das desigualdades no interior deste; outro problema é influenciar a demanda de outros grupos que também se coloquem no direito de ter as mesmas prioridades, comprometendo a coesão social.

A transitoriedade também é um limite importante para as medidas de ação afirmativa, como se extrai do texto da Convenção das Nações Unidas para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher. Ao dispor sobre “medidas especiais de caráter temporal encaminhadas a acelerar a igualdade de fato entre homens e mulheres”, complementa em seu artigo 4º, parágrafo primeiro, que estas medidas não devem, de maneira alguma, acarretar manutenção de padrões desiguais ou diferentes. Contudo, a norma que institui tais medidas deve conter previsão, não somente do período de duração, mas também das metas objetivas e critérios de avaliação quanto ao alcance destas metas, sob pena das referidas medidas se perpetuarem no tempo, quer pela subjetividade dos objetivos almejados, quer em razão da falta de avaliação com o

fim de viabilizar o alcance das metas. Fixar como meta a igualdade material e a dignidade de todos os membros do grupo protegido é dado subjetivo para se considerar a transitoriedade das medidas de ação afirmativa.

As ações positivas não podem servir como forma de enfatizar estereótipo de gênero e perpetuar segregação de funções. Estereótipo é um conjunto de atributos culturalmente impregnados e que definem o rol social de cada sujeito desde séculos, em vista de características que, de modo explícito ou implícito, são transmitidas às novas gerações por intermédio de diferentes agentes e meios, dentre estes a linguagem. A reafirmação e institucionalização de estereótipos podem resultar em equívocos legislativos prejudiciais ao próprio grupo que se quer beneficiar. A falta de acesso à educação de boa qualidade não pode criar um estereótipo de capacidade inferior atribuída a membros de determinados grupos beneficiários de vantagens que lhe foram concedidas por ação afirmativa.

Algumas normas de proteção ao trabalho da mulher, por exemplo, foram instituídas no passado, mais em função de estereótipos inerentes à fragilidade feminina, do que por necessidades peculiares de proteção. Na medida em que a cultura foi se modificando, a decisão quanto ao tipo de atividade a ser exercida pela mulher deixou de ser uma decisão estatal e passou a ser uma escolha de cada trabalhadora; ao Estado coube a proteção da maternidade e a atuação voltada a criar alternativas para redistribuir a responsabilidade para com a família, permitindo assim o crescimento profissional da mulher.

4 CLASSIFICAÇÕES DAS MEDIDAS DE AÇÃO AFIRMATIVA

As medidas especiais autorizadas pelas normas internacionais e constitucionais tanto podem se revestir de natureza compensatória, tendo como alvo grupo de pessoas que sofreram discriminação no passado, ou voltadas para grupos prejudicados pela forma de estruturação da sociedade resultante de influências religiosas, colonialismo, modelos de civilização, concentração de renda, etc.. As medidas especiais podem ter cunho promocional, como as que visam à superação de obstáculos, assim como as adotadas em favor das pessoas com deficiência, dos indígenas e das pessoas integrantes das classes sociais mais baixas; como também podem ter cunho protetivo, como as instituídas em proteção à maternidade, aos

cuidados com a família¹¹², à idade avançada e, também as voltadas à construção de oportunidades para pobres e jovens.

4.1 QUANTO À ORIGEM

Diante do permissivo das Convenções Internacionais quando à exceção prevista para não se considerarem discriminação as medidas especiais e de ação afirmativa, as constituições dos Estados podem prever tanto a autorização para que a lei defina tais medidas, como trazer em seus próprios artigos a fixação destas e os respectivos beneficiários. As leis também podem ser fonte das medidas de ação afirmativa fixando-as diretamente ou permitindo que as instituições as adotem de acordo com a realidade de cada Estado. As medidas de ação afirmativa podem ser fixadas por Decreto governamental oriundo do Poder Executivo, bem como por construção jurisprudencial nos sistemas jurídicos que permitem a criação de remédios jurídicos pelo judiciário. As medidas também podem ser negociadas por meio dos Termos de Ajuste de Conduta, normas coletivas ou acordos em ação civil pública ou ação individual. Podem, ainda, ser voluntárias, oriundas do setor privado ou de instituições sem fins lucrativos, incentivadas ou não, pelo poder público. Qualquer que seja a fonte ou origem, as medidas de ação afirmativa devem sofrer um rígido controle da legalidade pelo Poder Judiciário.

As Constituições de cada Estado devem balizar a compatibilidade das medidas e quais os tipos que se coadunam com o sistema jurídico e com a realidade de cada Estado-membro em questão. As Constituições podem trazer normas implícitas¹¹³ de promoção da igualdade, interpretadas como receptivas à edição das medidas de ação afirmativa, ou normas explícitas que autorizam expressamente a adoção de ação afirmativa¹¹⁴. Há hipóteses em que a Constituição prevê o tipo de ação afirmativa e os beneficiários, como, por exemplo, fez a Constituição brasileira em favor das pessoas com deficiência¹¹⁵.

¹¹² Na Europa são chamadas de *family-friendly measures* e incluem licença remunerada para pais e mães, direito de ausência por razões familiares urgentes, incentivo à maior participação dos pais na criação das crianças, obrigatoriedade de berçários e creches de tal forma que não apenas os pais, mas toda a comunidade, inclusive empregadores e governo, compartilhem a responsabilidade pelo bem-estar das crianças. Ver FREDMAN, Sandra. *Comparative Study of anti-discrimination and equality laws of the US, Canadá, South África and Índia* – European Commission, 2012.

¹¹³ Caso dos Estados Unidos da América, cuja constitucionalidade das medidas depende da Suprema Corte.

¹¹⁴ Como é o caso da Índia (Part. XVI) artigo 332 e da África do Sul (chapter 2, Section 9 Section 9(2) of the South African Constitution provides: ‘To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken. (2) e Canadá Section 15(2) states: ‘Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability. Disponível em: <http://indiacode.nic.in>; www.info.gov.za. Acesso setembro 2012.

¹¹⁵ Constituição brasileira, art. 37 – VIII.

Comumente, as medidas de ação afirmativa previstas pelas normas internacionais autorizadas pelas Constituições são instituídas pelas normas infraconstitucionais, que tanto podem ser específicas quanto ao tipo de medida e os respectivos beneficiários, como podem deixar em aberto para que o governo especifique dentro dos programas de política pública. Quando incentivadas pelo governo, as empresas podem implantá-las, até mesmo com o incentivo de benefício fiscal, ou podem ser exigidas pelo governo como garantia da igualdade de oportunidades como condição para participar de licitação ou contratos públicos. As medidas de ação afirmativa podem ser implantadas voluntariamente, como ocorreu com as universidades americanas e brasileiras; contudo, sofrem o controle da legalidade, pois devem estar em consonância com o sistema jurídico do país.

4.2 QUANTO AOS OBJETIVOS

As medidas de ação afirmativa têm como objetivo principal combater a discriminação indireta decorrente da discriminação estrutural vigente em determinadas sociedades. Visam à proteção, ao auxílio e à remoção de obstáculos para determinados grupos que, sem a intervenção estatal, não teriam as mesmas oportunidades e resultados que os demais. Sob o objetivo de maior representatividade para as classes sub-representadas, está implícito maior poder político e econômico com maior participação de determinados grupos nas decisões e destinos na nação.

A inclusão social e o desenvolvimento de determinados grupos eleitos por situação de pobreza, idade, imigração, ou residência em determinada região, são instrumentos para o alcance da igualdade material; todavia estes objetivos devem considerar também outros aspectos, como por exemplo, o esforço pessoal e interesse dos beneficiários na busca de resultados. Cabe ao Estado oferecer a formação adequada e as oportunidades para a busca dos resultados, mas o alcance dos resultados não depende apenas destas medidas.

A legalidade das medidas de ação afirmativa depende da consonância entre os objetivos e a previsão legal. O objetivo deve ser o de inclusão e não o de exclusão, não obstante a inclusão de alguns gere necessariamente a exclusão de outros. Os objetivos devem ser pré-definidos, tanto qualitativa quanto quantitativamente. Por exemplo, se o objetivo for incluir os negros no espaço universitário por meio de ação afirmativa de duração temporária, deve ser definido qual o percentual de negros que se pretende alcançar para que, atingido, seja cancelada a medida temporária. Os objetivos não podem ser abertos e indefinidos do tipo “até que se alcance a igualdade material”, pois, desta forma, seriam imensuráveis e não concretos.

4.3 QUANTO AO TIPO

As medidas de ação afirmativa podem ser de diversos tipos. As cotas, as reservas de vagas (*set aside*) ou preferências são tipos de ação afirmativa. As cotas consistem na reserva de um número de vagas a ser preenchido por integrantes de grupos beneficiários mediante critérios diferenciados em relação aos demais. As cotas podem ser preenchidas mediante um padrão mínimo de exigência por mérito, o que pode fazer com que não sejam preenchidas integralmente; ou podem ser preenchidas por classificação, neste caso podem ser integralmente preenchidas sem exigência de padrão mínimo. Não sendo preenchidas, as cotas podem ficar em aberto aguardando candidatos aptos a preenchê-las, ou ser destinadas em segunda chamada a outros grupos¹¹⁶. As cotas podem ser obrigatórias por lei ou voluntárias, quando a própria instituição fixa um percentual a ser preenchido por determinados grupos em razão de valores e interesses institucionais ou sociais.

A escolha por preferência pode ser voluntária ou afirmativa. A primeira ocorre diante de dois candidatos com a mesma condição e os mesmos padrões de qualidade, em que se dá preferência para o integrante do grupo beneficiário. Outra forma de preferência afirmativa é quando determinados créditos são atribuídos gratuitamente aos candidatos beneficiários da política preferencial ou são colocados à frente dos demais por razões eleitas como justificáveis da medida, por exemplo, residir em determinada região. A manutenção do padrão de qualidade do candidato depende dos patamares mínimos exigidos para o acesso. Um exemplo de ação afirmativa voluntária por preferência, referente a padrões mínimos de capacitação com objetivo de desenvolvimento de imigrantes residentes em determinado bairro, ocorreu com uma cadeia de varejo francesa¹¹⁷, cujo resultado foi bastante satisfatório para ambas as partes.

Outro tipo de ação afirmativa é a que se adota um sistema de metas e cronogramas, no qual se estabelecem patamares em relação aos quais se avalia o progresso em relação aos objetivos fixados. Pode ser adotado de forma voluntária, por negociação, imposição judicial ou exigência

¹¹⁶ A nova lei brasileira nº 12.711/2012 reserva 50% das vagas para alunos oriundos das escolas públicas e parte destas deverão ser preenchidas por pretos, pardos e indígenas na proporção desta população na unidade federativa. O parágrafo único do art. 3º prevê que, no caso de não preenchimento das vagas segundo tais critérios, as remanescentes deverão ser preenchidas por alunos que tenham cursado o ensino médio em escola pública.

¹¹⁷ Caso da cadeia de varejo francesa e sua política de “preferência local”, quando construiu um hipermercado em bairro com muitos estrangeiros vivendo em condições desfavoráveis. Em resposta aos temores da vizinhança de ser excluída dos benefícios da instalação, comprometeu-se a dar prioridade para a contratação dos moradores do bairro, desde que atendessem aos requisitos necessários. Contrataram uma agência local para recrutar e treinar o pessoal, anunciaram os empregos e cumpriram o compromisso. Resultado, menor absenteísmo e menor número de furtos. In European Foundation for Improvement of Working and Living Conditions. Disponível: www.eurofound.eu.ont/publications/files/EF9751EN.pdf. Acesso: novembro/2012.

normativa de programa de garantia de igualdade de oportunidades elaborado por aqueles que deverão cumpri-las. Este tipo de medida, não obstante deva seguir parâmetros uniformes, reflete a realidade concreta de cada instituição, sendo o monitoramento feito por comissão especializada constituída com este fim. Mais do que a obrigatoriedade genérica sob pena de multa, este sistema permite o gerenciamento da diversidade e, mais do que a obrigação, se espera o comprometimento com a diversidade e o desenvolvimento de uma política de contratação que, ao mesmo tempo em que garanta a igualdade de oportunidade, seja positiva para a saúde financeira e a lucratividade da empresa ou instituição, como ocorre no Canadá¹¹⁸.

No tocante ao incentivo governamental como política pública de promoção de igualdade de oportunidades com isenção de impostos, dispensa ou exigência para licitação, condição para repasse de verbas, além de constituírem ação afirmativa, podem gerar diversas medidas derivadas que viabilizem alcançar o objetivo almejado. A capacitação de pessoas carentes e de pessoas com deficiência para competirem no mercado de trabalho, um plano de assistência familiar compartilhada entre mães, pais e empresas também são tipos de ação afirmativa, cuja criatividade não tem limite, desde que sejam respeitados o sistema legal e os princípios constitucionais. As características vinculadas à cor, origem, classe social, raça, etc., podem ser consideradas tanto para capacitar, recuperando as desvantagens para competir em iguais condições, como para forçar o resultado, ofertando chances em competição desigual.

O relator especial da Subcomissão para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos da ONU em 2002, incumbido de preparar um estudo sobre o conceito de ações afirmativas, identificou duas formas de medidas dentro do conceito. Denominou as primeiras de “mobilização afirmativa”, dentre as quais inclui os esforços pró-ativos de informar e incentivar membros de grupos sub-representados a se candidatarem a empregos ou de oferecer treinamento vocacional para capacitá-los a competir em igualdade de condições. Defende a ideia de que os esforços sejam dirigidos para assegurar que os critérios usados para contratações e promoções baseiem-se no mérito, e não em qualquer outra característica. Outra forma de ação foi chamada de “preferência afirmativa”, quando há tratamento preferencial de acesso a certos bens e serviços com base em raça, gênero ou deficiência. O relator especial da ONU afirmou que o princípio que deveria orientar as medidas de ação afirmativa é o de atender às necessidades específicas dos membros dos grupos designados, sem violar os direitos de não discriminação das pessoas que não pertençam a este grupo¹¹⁹.

¹¹⁸ Employment Equity Act – Canadá [HTTP://laws-lois.justice.gc.ca](http://laws-lois.justice.gc.ca).

¹¹⁹ TOMEI, Manuela. Ação Afirmativa para a igualdade racial: características, impactos e desafios, Organização Internacional do Trabalho. Genebra, 2006.

Da segunda concepção de “preferência afirmativa”, com a cautela de não violar as normas contrárias à discriminação, extrai-se que a adoção de ações positivas deve ser exceção ao princípio da igualdade de tratamento. Esta exceção tem por finalidade precisa e limitada autorizar a adoção de medidas que, ainda que sejam discriminatórias em aparência, estejam destinadas efetivamente a eliminar e reduzir as desigualdades de fato que existem na vida social.

5 MEDIDAS DE AÇÃO AFIRMATIVA SEGUNDO AS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

Nesta arena, as normas internacionais servem de balizadoras, já que reúnem uma ampla gama de valores oriundos das mais diversas culturas e etnias e tendem a influenciar as normas internas dos Estados que compartilham destas normas concernentes à definição de suas políticas públicas. O art. 2º, II, da Convenção da ONU para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial¹²⁰ prevê a adoção de medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais e de indivíduos pertencentes a estes grupos, com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

O artigo primeiro da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), garante o respeito aos direitos e liberdades sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. O artigo 2º prevê o compromisso dos Estados-partes de adotar medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

A Convenção das Nações Unidas para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher¹²¹ de 1979 dispõe que não se devem entender como discriminatórias aquelas medidas especiais de caráter temporal destinadas a acelerar a igualdade de fato entre homens e mulheres, mas complementa em seu artigo 4º, parágrafo primeiro, que estas medidas não devem, de maneira alguma, acarretar manutenção de padrões desiguais ou diferentes. Em ambas as Convenções os textos excluem do conceito de discriminação as medidas especiais

¹²⁰ ICERD – International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.

¹²¹ (CEDAW) Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women.

com o objetivo de garantir as condições de igualdade, realçando o caráter temporal daquelas.

A Convenção da ONU sobre os direitos das Pessoas com Deficiência foi adotada em 2006 e entrou em vigor em 03 de maio de 2008. O artigo 1º define pessoas com deficiência: “são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva em igualdade de condições com as demais pessoas”. O artigo 3º traz os princípios que sustentam a Convenção, dentre eles o da “não-discriminação” e o da igualdade de oportunidades. O Decreto nº 6.949/2009 promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinado em Nova York, em 30/03/2007.

O artigo 27º, dedicado ao trabalho e emprego, dirige aos Estados comando no sentido de salvaguardar e promover a realização do direito ao trabalho, até mesmo daqueles que tiverem adquirido a deficiência no emprego, com o fim de proibir a discriminação, proteger os direitos em igualdade de condições, também em iguais oportunidades e igual remuneração por trabalho de igual valor, empregar pessoas com deficiência no setor público; e ainda promover o emprego de pessoas com deficiência no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas, que poderão incluir programas de ação afirmativa, incentivos e outras medidas.

Na importante opinião do Dr. Ricardo Tadeu Marques da Fonseca

a Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência adotou a expressão “pessoa com deficiência”. Partia-se da seguinte palavra de ordem: *nothing about us without us* (nada a nosso respeito sem a nossa participação – tradução do autor). O profundo significado desta parêmia reside na radical ruptura com as políticas de cunho tutelar e assistencialista, que impunham às pessoas com deficiência a condição de coadjuvantes em todas as questões que lhe diziam respeito diretamente. As decisões eram tomadas por pais, amigos e simpatizantes que, com muito boa intenção, findavam por, com frequência, cometer equívocos normalmente lastreados no cuidado meramente assistencial¹²².

Sobre o conceito de pessoa com deficiência, observa o autor:

Interessante observar que o conceito de pessoa com deficiência está intimamente ligado ao propósito político do Tratado em estudo. A almejada emancipação da pessoa com deficiência não pode prescindir da superação do viés assistencial que, como já disse, por mais bem intencionado que seja, não pode esgotar-se em si mesmo, sob pena de retirar destes cidadãos sua civilidade e

¹²² FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional da pessoa com deficiência: um ato de coragem. In FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19-31.

dignidade inerentes. As medidas de cunho assistencial devem ser associadas a políticas públicas que assegurem a franca superação dos assistidos para que assumam a direção de suas vidas e o gozo pleno de seus direitos humanos básicos¹²³

A Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência – Convenção de Guatemala de 1999, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto 3.956/2001, estabelece que se considera deficiência “uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social” A mesma Convenção excepciona do conceito de discriminação a diferenciação ou preferência das pessoas com deficiência, ao dispor:

não constitui discriminação e diferenciação ou preferência, adotada pelo Estado-Parte para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal dos portadores de deficiência, desde que a diferenciação ou preferência não limite em si mesma o direito à igualdade dessas pessoas e que elas não sejam obrigadas a aceitar tal diferenciação ou preferência ¹²⁴.

A Declaração Sócio Laboral do Mercosul de 10.12.1998, em seu artigo 2º, trata da garantia da igualdade de direitos das pessoas com deficiência para que sejam tratadas de forma digna e não discriminatória, favorecendo a inserção social e no mercado de trabalho por meio de medidas efetivas, especialmente no que se refere à educação, formação, readaptação, e orientação profissional bem como adequação dos ambientes de trabalho a fim de que possam desempenhar atividade produtiva.

5.1 MEDIDAS DE AÇÃO AFIRMATIVA JUNTO À ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Os fundamentos tradicionais da atividade da OIT vêm se adequando às circunstâncias econômicas e sociais geradas pela nova economia mundial. Dentro deste cenário, em fevereiro de 2002 a OIT formou uma Comissão Mundial para trabalhar sobre a Dimensão Social da Globalização. O informe final desta Comissão denominado "Por uma Globalização Justa: criar oportunidade para todos" foi publicado em fevereiro de 2004. A relevância deste informe fez com que a ONU o ressaltasse em uma de suas resoluções; a partir daí, a Organização Internacional do Trabalho passou a reconhecer como meta primordial a garantia da

¹²³ Idem..

¹²⁴ FONSECA, ob. Cit. p. 87/88.

disponibilidade de um trabalho decente para homens e mulheres, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana. As medidas de ação afirmativa são formas de efetivação da equidade nas relações de trabalho.

A Convenção nº 111¹²⁵ da OIT faz a ressalva da proibição de discriminar quanto às distinções, exclusões ou preferências baseadas nas qualificações exigidas para um emprego determinado; as que se possam justificar em função da segurança do Estado; e finalmente; as que tenham o caráter de medidas de proteção ou assistência especial, reconhecida como necessária por motivos de sexo, invalidez, encargos de família ou nível social ou cultural. Desta forma, já traz em sua essência o permissivo para instituição de medidas de ação afirmativa, contudo, não autoriza a adoção destas medidas por qualquer critério racial.

O art. 5º da Convenção 111 da OIT não considera discriminatória a adoção de “medidas especiais de proteção ou assistência” de modo a atender a necessidades particulares de pessoas que, por razões associadas ao gênero, deficiência, responsabilidades familiares ou *status* social ou cultural, são geralmente reconhecidas como necessitadas de proteção ou assistência especial¹²⁶. Neste artigo se encontra o permissivo para os Estados adotarem medidas especiais e de ação afirmativa, realçando que se trata de necessidade de proteção estatal, contudo, podem ser adotadas tanto as medidas especiais de natureza permanente, e como medidas de ação afirmativa de natureza temporária.

Publicado pela OIT e traduzido pela OIT Brasil, o documento de trabalho elaborado no âmbito do Projeto Igualdade Racial denominado “Ação Afirmativa para a igualdade racial: características, impactos e desafios”¹²⁷, traz um panorama sobre as ações afirmativas e seus impactos nos países que as adotam. Este documento pontua algumas críticas e contrapontos das medidas. Para responder às críticas, segundo as quais tais ações prejudicam a eficiência do

¹²⁵ (art. 1º, 2, art. 4º, 2, da Conv. N. 111 de 1958 (Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação).

¹²⁶ “*Tampoco son discriminatorias las medidas especiales que conllevan un trato diferenciado para quienes tienen necesidades particulares por razones de género, de discapacidad mental, sensorial o física, o de extracción social. Poner en práctica el principio de la igualdad de oportunidades y de trato supone mucho más que portarse de la misma manera con todo el mundo: requiere además adoptar medidas especiales y adaptar el entorno a sus diferencias. La instalación de rampas de acceso en el lugar de trabajo para los trabajadores con discapacidades físicas es un ejemplo de esas medidas, como también lo es el garantizar protección a las trabajadoras durante el embarazo y el puerperio, que es esencial para asegurar una verdadera igualdad con respecto a los hombres en el mundo del trabajo*”. In Informe global da OIT, 2007. Disponível em www.ilo.org/declaration. Acessível em maio 2012..

¹²⁷ Documento elaborado por Manuela Tomei, especialista em discriminação. OIT/Genebra.

conjunto por rebaixarem os padrões e desestimularem tanto os beneficiários como os não beneficiários a darem o máximo de si, os defensores justificam que os critérios de definição dos grupos não são empregados de forma arbitrária e visam a reparar desvantagens geradas por discriminação histórica e social. O mesmo documento informa que o Comitê de Especialistas na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT indicou que as medidas de ação afirmativa devem ser proporcionais à natureza e ao âmbito de proteção necessário para o grupo em questão e devem estar sujeitas a exames minuciosos e periódicos para determinar se as medidas continuam sendo necessárias e eficientes.

A OIT, em seu programa de promoção do trabalho decente, elege em sua agenda a promoção de igualdade de oportunidades e a eliminação de todas as formas de discriminação como elementos fundamentais da Declaração de Direitos e Princípios fundamentais do trabalho. A OIT estabelece como condição para o crescimento econômico, diminuição da pobreza e promoção do bem-estar social, a melhora da situação das mulheres, negros e outros grupos discriminados da sociedade para aumentar a possibilidade de acesso a empregos capazes de garantir uma vida digna às famílias. O programa da OIT tem como pressuposto que as diferentes formas de discriminação estão associadas aos fenômenos de exclusão social que dão origem à pobreza. Assim, a questão da discriminação e acesso às oportunidades de trabalho deve ser considerada nas estratégias de redução de pobreza e nas políticas de geração de emprego e renda.

5.2 AÇÕES POSITIVAS NA UNIÃO EUROPEIA

O art. 6.3 do Protocolo Social do Tratado de Maastricht (1992) da União Europeia introduziu um parágrafo ao art. 119 que estabelece que: “este artigo não impedirá aos Estados Membros manterem e adotar medidas que proporcionem vantagens específicas para facilitar mulheres a realizar uma atividade vocacional ou impedir ou compensar desvantagens em suas carreiras profissionais”. Como se deriva deste artigo, o princípio da igualdade não pode impedir os Estados Membros de adotar ou manter ações positivas em relação às mulheres na esfera salarial, e estas medidas devem ter como objetivo compensar desvantagens na carreira profissional das mulheres e facilitar a formação destas, o que significa um permissivo do direito comunitário às ações positivas em favor das mulheres.

A igualdade salarial entre trabalhadoras e trabalhadores partiu de uma norma de harmonização de custos de mão de obra para um princípio fundamental de igualdade entre os

sexos e serviu de parâmetro para o desenvolvimento de outras normas antidiscriminatórias e de proteção da igualdade entre outros coletivos.

A aprovação da Diretiva 76/207 representou uma grande ampliação do princípio da igualdade nas relações de trabalho, estabelecendo a paridade desde a contratação até a despedida abrangendo ações de orientação e formação profissional¹²⁸. A referida diretiva garante a igualdade de trato nas relações de trabalho e o TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia tem afirmado que a derrogação deste princípio, enquanto exceção a um direito fundamental, deve ser objeto de interpretação restritiva. Daqui se entende que as exceções como discriminações fundamentadas, tanto pela necessária qualificação profissional, quanto pelas ações positivas devem ser interpretadas restritivamente.

No tocante às medidas de ação positiva com base em gênero, podem ser definidas de acordo com o disposto no artigo 141.4 do Tratado da União Europeia, como aquelas que oferecem "vantagens concretas destinadas a facilitar ao sexo menos representado, o exercício de atividades profissionais ou a evitar ou compensar desvantagens em suas carreiras profissionais". A justificativa se encontra na exposição de motivos, ao considerar que as normas jurídicas existentes sobre igualdade de trato são insuficientes para eliminar a desigualdade de fato se, paralelamente, não se empreendem ações por parte do governo, dos interlocutores sociais e de outros organismos competentes, tendentes a compensar os efeitos prejudiciais que resultam para as mulheres na ativa, de atitudes, comportamentos e estruturas da sociedade. Dentre estas medidas pode ser incluída a redistribuição de funções entre homens e mulheres, com maior participação destas em atividades profissionais em que estão pouco representadas; para tal, haveria necessidade de contratação, promoção, formação e fixação de salário, por meio da previsão em convenções coletivas^{129, 130}.

As medidas de ação positiva são vistas como uma reafirmação da igualdade substancial, e não como desrespeito ao princípio da igualdade. O art. 2.4 da Diretiva 76/207 refere-se à adoção de medidas dirigidas a promover a igualdade de oportunidades para homens e mulheres, podendo este permissivo ser interpretado como a legitimidade de tratamento preferencial em favor das trabalhadoras, o que traduz previsões normativas aparentemente

¹²⁸ ROCCELLA, Máximo, "La significación y el alcance de la Directiva sobre Igualdad de Trato en las Condiciones de Trabajo", idem p. 189/190.

¹²⁹ Convenio del campo de Albacete que prevê em clausula titulada acción positiva em 1999 para as empresas com más de veinte, la fixación de 5% para mujeres.

¹³⁰ NAVARRO, Beatriz Quintanilla. La Negociación colectiva en España: Una visión cualitativa, RODRIGUEZ, Ricardo Escudero, (Coord.) Igualdad y no discriminación en función de género. CC.OO, Valencia: 2004, p.663.

discriminatórias, mas que têm por objetivo eliminar ou reduzir as disparidades de fato que existam na realidade da vida social.

As normas da União Europeia e as decisões do Tribunal de Justiça Europeu têm tratado preponderantemente de casos de discriminação da mulher, neste contexto o TJUE tem ultrapassado o critério formal relacionado com o conceito de sexo, para abordar a dimensão de gênero enfrentando o tema da distribuição de funções e papéis sociais construídos e impostos a partir do critério sexual.

Em âmbito comunitário, o entendimento sobre a compatibilidade entre a ação positiva e a proibição de discriminação por razão de sexo, já vinha sendo demonstrada em outras normas de menor eficácia vinculante. Como exemplo, podem-se citar a Resolução do Conselho de 12-7-1982 sobre a promoção de igualdade e oportunidade para a mulher; a Recomendação do Conselho de 13/12/1984 sobre a promoção de ações positivas em favor da mulher, o Art. 16 da Carta Comunitária de Direitos Sociais Fundamentais¹³¹, o Art.141.4 do TCE¹³², o Art. 23 § 2º da Carta de Direitos fundamentais da União Européia do ano 2000¹³³, e, nos mesmos termos, o art.83 III do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (TCUE 2004)

O TJCE¹³⁴ já vinha declarando, em sua jurisprudência, a compatibilidade entre as medidas de ação positiva e o princípio da igualdade dentro de algumas condições, tais como: ser consideradas como exceção, com finalidade precisa e limitada de autorizar a adoção de medidas que, ainda que sejam discriminatórias por aparência, estão destinadas efetivamente a eliminar ou reduzir desigualdades de fato que existam na realidade da vida social; o acesso ao emprego e a promoção não possa justificar que as mulheres gozem automaticamente de preferência nos setores em que estão sub-representadas, garantindo aos homens igualmente

¹³¹ "Debe garantizarse la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Debe desarrollarse la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. A tal fin conviene intensificar donde quiera que ello sea necesario las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular en el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la educación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional. Conviene asimismo desarrollar las medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar mas fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares". Disponível em: [HTTP://ec.europa.eu_law](http://ec.europa.eu_law). Acesso em agosto 2012

¹³² señala que "*Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales*" Disponível em: [HTTP://ec.europa.eu_law/](http://ec.europa.eu_law/) Acesso em agosto 2012

¹³³ "El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado". Disponível em: [HTTP://ec.europa.eu_law/directives_pt.htm](http://ec.europa.eu_law/directives_pt.htm). Acesso em agosto 2012

¹³⁴ TJCEE S. 17-9-1995 A. Kalanke 450/93; S. 25-10-1988 A. Comisión v. Francia 312/86; S.11-11-1997 A. Marschall 409/95; S.28-2-2000 A. Badeck 158/97. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu>. Acesso em junho/2005.

qualificados valoração objetiva, levando-se em conta todos os critérios, independentemente de sexo¹³⁵.

A Diretiva nº 73 de 2002 da UE¹³⁶ também faz referência à ação positiva e prevê em seu artigo 2.8

Los Estados miembros podrán mantener o adoptar medidas contempladas en el apartado 4 del artículo 141 del Tratado, con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres". O art. 2.3 da mesma Diretiva busca efetividade ao se referir a critérios de avaliação "Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, los Estados miembros notificarán cada cuatro años a la Comisión los textos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas correspondientes a medidas adoptadas de conformidad con el apartado 4 del Art.141 del Tratado, así como la información sobre dichas medidas y su aplicación. Basándose en esa información, la Comisión aprobará y publicará cada cuatro años un informe en el que se establezca una evaluación comparativa de dichas medidas a la luz de la Declaración nº 28 anexa al Acta final del Tratado de Amsterdam..

A mesma diretiva ainda se refere a exceções necessárias em hipótese de atividades profissionais e formação específica em que o gênero constitui uma condição determinante, em razão da natureza e das condições de exercício da atividade como justificativa para a discriminação, ao afirmar: *"La presente Directiva no obstaculizará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su campo de aplicación, aquellas actividades profesionales y, dado el caso, las formaciones que conduzcan a ellas, para las cuales el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza y de las condiciones de su ejercicio"*. Contudo, caberá à discricionariedade do legislador de cada Estado avaliar que tipo de atividade exige determinado gênero como condição determinante, o que deve ser definido em conformidade com o Fundamento nº 11 da Diretiva 73 de 2002 que aduz :

Las actividades profesionales que los Estados miembros pueden excluir del ámbito de aplicación de la Directiva 1976/207/CEE deben restringirse a las que requieren el empleo de una persona de sexo determinado por la naturaleza de las actividades profesionales particulares de que se trate, siempre que el objetivo buscado sea legítimo y se respete el principio de proporcionalidad tal y como está establecido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia,

¹³⁵ DEL RIO, Teresa Pérez. Trasposición de las Normas Comunitarias: Exigencias de la Directiva 2002/73/CEE sobre Discriminación por razón de género en el Acceso al Empleo y las Condiciones de Trabajo. España: Cadiz, 2006.

¹³⁶ Disponível em: [HTTP://ec.europa.eu_law/directives_pt.htm](http://ec.europa.eu_law/directives_pt.htm). Acesso em agosto 2012

suprimindo, assim, qualquer possibilidade de eliminar o acesso da mulher a certos postos de trabalho ou profissões.

A transitoriedade condicionada à necessidade e oportunidade das medidas de ação positiva como exceção ao direito à igualdade vem expressa no Art. 3.2 da Diretiva, ao dispor que:.

los Estados miembros tomarán las medidas necesarias a fin de que ...c) se revisen aquellas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, contrarias al principio de igualdad de trato, cuando el deseo de protección que las inspiró en un principio, no tenga ya razón de ser y que, respecto de las disposiciones convencionales de esa misma naturaleza, las partes sociales sean invitadas a proceder a las oportunas revisiones.

Finalmente¹³⁷ y por lo que respecta a la recepción normativa del principio de *transversalidad de género*, ha sido recogido en el Tratado de Amsterdam, y de ahí ha pasado al TCUE 2004 que ao definir os fins da Comunidade, no Art.I.2 inclui, entre estes, la “*igualdad de trato entre el hombre y la mujer*”. Para alcançar estes fins, o Art.III. 116 diz que “*en todas las acciones contempladas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad*”.

Em dezembro de 2009, o *Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities* da Comissão Europeia editou um documento sobre a efetividade da igualdade de tratamento entre homens e mulheres “*Making Equality Effective: The role of proactive measures*”- Sandra Fredman. Este documento faz uma análise da igualdade de tratamento, direitos e oportunidades entre homens e mulheres em alguns países da União Europeia sob a perspectiva de um modelo proativo de atuação. Sob o título da promoção da igualdade e prevenção da desigualdade o texto se concentra em duas medidas cotas e *family-friendly measures*. Sobre a previsão de cotas o texto destaca o Tratado de Roma, que em seu art. 14 (4) permite aos Estados-Membros regularem específicas vantagens em ordem de facilitar o gênero sub-representado a perseguir atividade vocacional e a prevenir ou compensar desvantagens na carreira profissional. Interessante informação trazida pelo texto quanto às cotas no judiciário é que na Áustria e em Latvia existem cotas no Judiciário, e em Latvia o objetivo da medida é aumentar o número de homens no Judiciário, já que se trata de uma profissão dominada por mulheres¹³⁸.

¹³⁷ A Diretiva 2002/73/CE estabelece em seu novo artigo 1.3 que “*los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en el apartado 1*”

¹³⁸ FREDMAN, Sandra. *Making Equality Effective: The role of proactive measure*, 2009, p.41, [HTTP://ec.europa.eu/employment_social/progress/index_en.htm](http://ec.europa.eu/employment_social/progress/index_en.htm)

O referido documento traz uma visão muito interessante sobre ação afirmativa voltada às razões da desigualdade entre homens e mulheres e detecta que uma das razões das desigualdades não está apenas no fato de ser mulher, mas no estereótipo de que a mulher é a responsável principal pelo cuidado com as crianças e pelos trabalhos domésticos. As *family-friendly measures* têm como princípio que a igualdade entre homens e mulheres apenas será alcançada se a responsabilidade pela criação dos filhos for dividida igualmente entre homens e mulheres e o valor da educação da criança for compartilhado pela comunidade, incluindo os empregadores e o Estado.

6 REFERÊNCIAS SOBRE MEDIDAS DE AÇÃO AFIRMATIVA EM OUTROS PAÍSES

Na construção de um sistema jurídico integrado por medidas de ação afirmativa, o Brasil vem se utilizando de modelos e fundamentos utilizados em outros países, o que requer uma análise destes modelos tidos como referência. É imprescindível que se considerem tanto a história como as características do Brasil, comparando-as aos paradigmas que se quer adotar para que os tipos de ação afirmativa escolhidos sejam os mais adequados na consecução dos objetivos almejados pelo Estado Social brasileiro. O Brasil deve analisar os resultados e os efeitos das medidas adotadas em outros países para não cometer erros decorrentes de más escolhas e inadequação, devendo agir com a máxima cautela para não retroceder quanto aos valores já conquistados naturalmente e até almejados por outras nações as quais pretende copiar. A adoção de medidas inadequadas poderá ocasionar efeitos irreversíveis que, além de impedirem de alcançar o fim perseguido, poderão negar a própria igualdade que justifica as medidas de ação afirmativa.

6.1 ÍNDIA

A sociedade na Índia é acentuadamente multiétnica e fragmentada. Conforme os preceitos do hinduísmo, a população é dividida em castas e subcastas. Não obstante a Constituição em vigor desde 1950 tenha abolido estas divisões, na cultura e na prática elas continuam a existir gerando vários conflitos e atrocidades em um cenário de discriminação intensiva.

As políticas de ação afirmativa na Índia são mais antigas do que as praticadas em outros países, pois tiveram início ainda quando o país era colônia inglesa e permaneceram após a independência, em 1947. A Parte III da Constituição da Índia trata dos Direitos Fundamentais que inclui o direito à igualdade, (*Right to Equality*). O art. 14 trata da garantia da igualdade e proteção da lei, não podendo o Estado negá-la a qualquer pessoa. O art. 15 proíbe a discriminação por motivos de religião, raça, casta, sexo ou local de nascimento e dispõe que nenhum cidadão poderá sofrer restrição por acesso a lojas, restaurantes públicos, hotéis, locais de lazer ou uso de qualquer local destinado ao público em geral.

Os itens do art. 15 são expressos ao afirmar que o *caput* não proíbe o Estado de fazer provisão especial para mulheres e crianças, e, pelo avanço social e educacional, para cidadãos das *Scheduled Castes* e *Scheduled Tribes* ou *backward classes*. O artigo 16 trata da igualdade de oportunidades em matéria de empregos públicos, permitindo à lei reservar postos de serviços em favor de cidadãos pertencentes às *Scheduled Castes*, *Scheduled Tribes* e *backward classes* que não estão adequadamente representados nos serviços estatais. O art. 17 prevê a abolição da categoria dos *untouchables* e proíbe práticas relacionadas, com punição para ofensas em conformidade com a lei¹³⁹.

Na Índia, as políticas afirmativas são chamadas de discriminação positiva; foram instituídas para durar 20 anos, mas vêm sendo estendidas e expandidas durante os últimos 60 anos. Atualmente, existem dois tipos de políticas preferenciais, as destinadas aos menos afortunados por discriminação sofrida; e as destinadas aos grupos locais nos respectivos Estados. As medidas de discriminação positiva são dirigidas aos membros das *Scheduled Castes* ou *Dalits*, anteriormente chamados “intocáveis”, aqueles que não pertenciam às castas e que realizavam os trabalhos impuros para estas. Além destes, abrangem outros grupos discriminados chamados *backwards* e que sofrem as mesmas desvantagens. A discriminação positiva tem como objetivo a melhora do nível de crescimento socioeconômico das *scheduled castes* e *scheduled tribes* por meio de empregos, universidades, representação em parlamento e outros benefícios¹⁴⁰.

O tipo de ação afirmativa adotado na Índia é o de fixação de cotas ou reserva de vagas. A Suprema corte da Índia fixou um máximo de 50% das vagas para reserva e, conforme foram se tornando cada vez mais abrangentes, o sistema passou a disponibilizá-las para 65% da

¹³⁹ Disponível em: <http://lawmin.nic.in>. Acesso em novembro 2012.

¹⁴⁰ SOWELL, T. *Affirmative Action around the world: an empirical study*. New Haven and London: Yale University Press, 2004, p.25/26.

população; isto leva à conclusão que, embora deversem ser medidas de exceção, estas limitam o acesso da minoria para facilitar o acesso da maioria constituída por beneficiários. A progressiva extensão das políticas de preferências chega ao resultado de que, no mínimo, três quartos da população da Índia integram algum tipo de grupo preferencial. Em 1989, quando o governo nacional expandiu as cotas, houve uma reação violenta dos que não integram nenhum dos grupos, ocasião em que a polícia abriu fogo e os que protestaram morreram¹⁴¹.

Na Índia são fixadas cotas para os estudantes oriundos das *scheduled castes* e *scheduled tribes* para a educação superior, mas, na prática, os beneficiários não se mostram aptos a preencher integralmente as cotas, já que, além da reserva de vagas, outros problemas servem de obstáculos para a formação superior, dentre estes a falta de recursos financeiros para a subsistência fora da cidade onde reside a família, apesar de o governo manter programa de bolsas de estudos. Além dos problemas financeiros, ainda ocorrem outros, como abandono do curso, falta de capacidade, falta de interesse, etc. Outro tipo de ação afirmativa se dirige aos grupos locais que são beneficiários em seus respectivos Estados, diante da tendência de contratação de pessoas de fora do Estado, porém mais qualificadas. No tocante às relações de trabalho, as cotas foram criadas para empregos no governo e no setor público, estando, as empresa privadas, excluídas desta política¹⁴².

A experiência da Índia como a mais antiga política de ação afirmativa, guardando suas peculiaridades, deve servir de exemplo para os países que estão iniciando seus programas. Com uma longa história de preferências e cotas com o propósito de desenvolvimento das classes mais pobres e implantação da igualdade material para grupos em desvantagens, constata-se que as consequências se distinguem da esperança diante da realidade. Os dados mostram que os programas beneficiam, preferencialmente, as classes mais altas dos grupos, sendo difícil aos especialistas e estudiosos da realidade local escapar da conclusão de que a ação afirmativa na Índia tem produzido um pequeno benefício e muito ressentimento e hostilidade¹⁴³.

6.2 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

O título VI I do *Civil Rights Act* de 1964 disciplina o que é chamado nos Estados Unidos de *Equal Employment Opportunity*, ou seja, igualdade de oportunidades no emprego. A

¹⁴¹ SOWELL, T. ob. cit. P. 46/47.

¹⁴² Idem.

¹⁴³ SOWELL T. Idem, p.48/49.

seção [§ 703] dispõe sobre discriminação por raça, cor, religião, sexo e nacionalidade definindo o que é ilegal tanto para os empregadores como para as organizações de trabalhadores. Em 1965, foi criado o *Office of Federal Contract Compliance in the U.S. Department of Labor* quando se instituiu o Decreto Executivo (*Executive Order*) nº 11246/65, que proíbe a contratação com valor acima de dez mil dólares de empresas que pratiquem discriminação e requer medidas que assegurem oportunidades iguais em todos os aspectos da mão de obra em questão. Em 1968, o mesmo Departamento publicou um guia contendo a expressão *goals and timetables* e *representation*, com o objetivo de garantir iguais oportunidades de emprego. Em 1971, novo guia deixou claro que *goals and timetable* significava aumentar a utilização de minorias e mulheres em algumas profissões. Em 1977, o Congresso instituiu um plano de contratação das minorias para trabalhar em obras públicas, o *Public Works Employment Act*¹⁴⁴.

A interpretação do disposto na seção [§ 703] “j” do *Civil Rights Act* é no sentido de que nada consta para que se exija de qualquer empregador garantia de tratamento preferencial por motivo de raça, cor, religião, sexo ou nacionalidade; no entanto, em razão do desequilíbrio que pode existir pelo número e porcentagem de pessoas com específicas características na empresa e na comunidade¹⁴⁵, o equilíbrio proporcional vem sendo motivo de diversas ações junto ao Judiciário. O *Civil Rights Act of 1991* trouxe normas adicionais sobre remédios apropriados para discriminação e assédio no local de trabalho, além de responder às recentes decisões da Suprema Corte sobre expandir o escopo para providenciar adequada proteção às vítimas da discriminação.

O sistema de metas de igualdade de tratamento e oportunidades nas relações de trabalho atua também como resposta à discriminação indireta por impacto (*Systemic Disparate Impact Discrimination*), definida como a que ocorre quando a política do empregador, mesmo sem intenção, afeta um grupo muito mais do que outro, em prejuízo de um deles, sem qualquer justificativa. Quando este tipo de discriminação for provada, além da compensação individual, dois tipos de remédios jurídicos estão disponíveis para o grupo, uma simples determinação quanto às futuras discriminações ou medidas de ação afirmativa.

Nos casos das ações afirmativas como remédios jurídicos (*affirmative action relief*), o judiciário requer do empregador que tome determinada ação em benefício da classe

¹⁴⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: O Direito como Instrumento de Transformação Social. A experiência do EUA. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Renovar, 2001, pp. 49-55.

¹⁴⁵ ZIMMER J. Michael and other 3, Employment discriminationv- Selected Statutes. New York: Aspen Law & Business, 2000.

discriminada, como, por exemplo, contratação de uma determinada porcentagem de mulheres até uma data pré-determinada. A forma da ação afirmativa depende da proposta da corte, podendo ser: prevenir futura discriminação pelo empregador; dissipar os contínuos efeitos da discriminação; expandir oportunidades de trabalho para os grupos discriminados; incentivar o empregador a desenvolver critérios de emprego não discriminatórios ou compensar os discriminados. Não obstante a Suprema Corte tenha considerado válidas as medidas de ação afirmativa como remédio jurídico em caráter excepcional para persistente discriminação, a adoção destas foi desafiada como inconsistente com o Título VII do *Civil Rights Act* e como proibida pela Constituição¹⁴⁶.

O modo de intervenção estatal no sistema de contratação e promoção dos trabalhadores nas empresas privadas, sob a nossa ótica, tem trazido insegurança e grandes conflitos ao judiciário e à sociedade nos Estados Unidos. Não obstante o sistema tenha alcançado resultados positivos aos olhos das estatísticas, tem demonstrado efeito perverso no tocante à diminuição da discriminação e do preconceito. Como toda política imposta de cima para baixo, sem a devida preparação e participação da sociedade, a política de equidade no emprego tem provocado grandes conflitos, ainda que implícitos e sufocados por medo de punição, além da competitividade selvagem, seja entre homens e mulheres, seja entre pretos e brancos, seja entre hispânicos e não hispânicos. *Employment Discrimination* é a matéria de maior conflitividade na área de relações de trabalho nos Estados Unidos, já que os direitos individuais, em sua maioria, são tratados em acordos coletivos. Curioso constatar que este tipo de política parece ampliar a hostilidade ao invés de eliminar a discriminação e o preconceito, pois nem as leis, nem a política da diversidade nem o *marketing* da diversidade parece conseguir transformar ódio e a revolta racial decorrente da cultura segregacionista ainda muito recente na lembrança da sociedade dos Estados Unidos.

No tocante à intervenção do poder público para a inserção de minorias no mundo dos negócios, os Estados Unidos contam com programas como MBE (*Minority Business Enterprises*), empresas controladas por minorias e MBS (*Minority Business Set-aside*) cotas de contratos governamentais reservadas a empresas controladas por minorias. De acordo com o *Public Works Employment Act* de 1977, 10% de todo o dispêndio com contratos de obras públicas deve ser reservado para a contratação de empresas cujo controle acionário esteja nas

¹⁴⁶ ZIMMER, Sullivan e Calloway Richards, "Cases and Materials" *Employment Discrimination*. New York: Editora Aspen Law Publishers, 2000, p. 1095-1115.

mãos de minorias (negros, índios, hispânicos, asiáticos). Neste caso, a Corte Suprema decidiu pela compatibilidade da lei com a Constituição¹⁴⁷.

Nos EUA, foi criada uma comissão (EEOC – Equal Employment Opportunity *Comission*) para administrar o cumprimento do *Civil Rights Act* que determina que a empresa que mantém contratos públicos deve entregar um plano quinquenal de diversidade, com os respectivos cronogramas; a ausência de entrega do plano ou a não implementação deste pode resultar tanto no cancelamento de contratos existentes como na retenção de pagamentos ou no impedimento de concorrer em futuras licitações¹⁴⁸. Nestes casos, adotaram-se metas e cronogramas como ação afirmativa.

Não obstante o principal argumento para as medidas de ação afirmativa nos Estados Unidos fosse de ordem reparatoria ou para compensar o legado da escravidão e segregação racial, outros grupos também passaram a ser beneficiários dessas medidas como veteranos de guerra, imigrantes da América Latina, Europa e Ásia e os descendentes de esquimós e principalmente as mulheres, quanto à participação destas em altos postos de decisão política, educação e ocupação profissional. Contudo, constatou-se que a substancial diferença salarial está nas mulheres que casaram e tiveram filhos, já que interromperam suas carreiras para assumir as responsabilidades domésticas e, por iguais razões, escolhem profissões mais flexíveis e que lhes possibilitem compartilhar com as atividades familiares. Assim, pode-se atribuir a diferença de salários entre homens e mulheres a várias razões diferentes da discriminação, até mesmo à ambição profissional masculina.

A interpretação das medidas de ação afirmativa, sobretudo as voluntárias, no sentido de garantir a igualdade de oportunidades estabelecida na legislação pertinente, tem levado o Judiciário dos Estados Unidos a decisões que oscilam entre a legalidade ou não das medidas instituídas para atender a legislação, sobretudo em caso de condição para a contratação de obras públicas. Mas, apesar do “zig-zag” nos padrões de julgamento das decisões judiciais das Cortes dos Estados Unidos, até mesmo da Suprema Corte, durante anos tem se demonstrado a tendência em direção à mais expansiva definição de discriminação no sentido de permitir medidas preferenciais para determinados grupos; e esta confusão vem sendo cultivada por

¹⁴⁷ ZIMMER, Ob. Cit, p. 134, caso Fullilove v. Klutznick.

¹⁴⁸ TOMEI, ob. Cit. p.25.

aqueles que defendem a ação afirmativa como forma de ajudar os menos afortunados¹⁴⁹, o que nem sempre acontece.

6.2.1 Decisões Paradigmáticas da Suprema Corte dos Estados Unidos da América

A matéria havia sido apreciada pela Suprema Corte em 1978 no caso *Regents of the University of California v. Bakke*, no qual, não obstante tenha anulado o programa de Ação Afirmativa da Universidade da Califórnia, o voto do Ministro, à época Lewis Powell, reconheceu a legitimidade dos programas dependendo das condições¹⁵⁰. O mais recente caso paradigmático julgado em 2003 pela Suprema Corte foi da autoria da estudante Barbara Grutter, que ajuizou ação alegando ter sido discriminada, pois, mesmo contendo pontuação suficiente sob os critérios de admissão da Universidade de Michigan, Law Scholl, foi rejeitada em razão da utilização de critérios raciais, que dá aos candidatos de grupos tidos como minoritários preferência diante dos candidatos com as mesmas credenciais, mas que não pertencem a tais grupos. Lee Bollinger, Presidente da Universidade de Michigan deu nome à outra parte no caso *Grutter x Bollinger*¹⁵¹.

A universidade se defendeu arguindo que era um interesse estatal assegurar uma massa crítica, particularmente “*African Americans*” e “*Hispanics*”, que integre o corpo estudantil proporcionando-lhes oportunidade de interação e colhendo-se benefícios educacionais pela diversidade, desafiando a todos os estudantes a pensar criticamente e a reexaminar estereótipos. A Corte Distrital entendeu ilegal o critério de admissão da Universidade; a Corte de Apelação alterou a decisão; e a Suprema Corte confirmou a decisão da Corte Estadual de Apelação, por cinco votos a quatro, assegurando a legalidade do sistema de admissão adotado pela Universidade com utilização das medidas de ação afirmativa. Declarou inconstitucional o sistema de adição de pontos para negros, mas admitiu o critério racial como um dos fatores a serem considerados como parte do sistema holístico de admissão. Em 2006, o Estado de Michigan aprovou uma lei banindo a ação afirmativa.

Saliente-se que a adoção da raça, origem ou cor dentre os critérios de admissão em uma abordagem holística é possível nos Estados Unidos em razão do sistema de admissão nas universidades que considera vários fatores da vida do estudante, dentre estes o histórico escolar

¹⁴⁹ SOWELL, Thomas, *Affirmative Action Around the World: An Empirical Study*. New Haven and London: Yale University Press, 2004 p.128..

¹⁵⁰ Caso *Bakke*, 438 U.S. (1978)

¹⁵¹ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

antecedente, a prática de esportes, trabalho voluntário, prêmios recebidos, vocação para empreendedorismo, entrevistas, carta de recomendação, etc.¹⁵².

Em 2012, o debate voltou à tona na Suprema Corte, pois esta aceitou julgar recurso em uma ação movida por uma estudante que alega não ter sido aceita na Universidade do Texas¹⁵³ porque é branca. A universidade alega que considerou a raça juntamente com muitos outros fatores em uma prática holística de admissão e que a diversidade promove benefícios educacionais para universidade. Este fato leva a crer que a Suprema Corte ainda pode rever a matéria e modificar o entendimento, o que provavelmente ocorrerá em 2013.

Analisando atentamente a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, o Ministro Joaquim Barbosa, em seu precioso livro, concluiu pelas condições mínimas de validação judicial de planos de ação afirmativa.

Em primeiro lugar, numa perspectiva puramente filosófica, note-se que a Corte Suprema privilegia os planos mistos, isto é, aqueles que combinam elementos de “*outcome equality*” com elementos da desacreditada categoria chamada “*process equality*”. Vale dizer, se é certo que o objetivo final das ações afirmativas é sempre atingir, ainda que idealisticamente, uma suposta igualdade de resultados (econômicos principalmente), não é aconselhável descurar-se dos “meios” utilizados para atingi-la, de sorte que esses meios não se constituam em obstáculos intransponíveis de difícil superação para os não beneficiários das políticas de promoção. Em segundo lugar, é imprescindível que o plano de ação afirmativa tenha um caráter temporário, e vise a sanar desigualdades gritantes, manifestas, inquestionáveis. Assim, tão logo seja restaurada certa normalidade, tanto no setor educacional, quanto num determinado setor do mercado de trabalho, é recomendável que o plano de ação afirmativa cesse de surtir efeitos. Neste sentido, é de fundamental importância, no momento da formulação do plano, a demonstração documental estatística dos desequilíbrios raciais e sexuais existentes, de forma a propiciar no futuro elementos de análise comparativa. Em terceiro lugar, têm mais chances de aprovação os planos que se revestem de flexibilidade, ou seja, aqueles que conjugam vários fatores para efeito de elegibilidade dos respectivos beneficiários, não se limitando apenas aos critérios raça ou sexo, ao contrário, estipulando que esses critérios constituem aquilo que a Corte Suprema decidiu no caso “Bakke”, ou seja, um “*plus factor*”, um fato a mais na avaliação, um fator positivo, ao qual somariam outros fatores, como, por exemplo, a qualificação técnica ou educacional. Noutras palavras, fatores múltiplos e flexíveis, em vez de “cotas cegas” (*blind hiring preferences*). “Por fim, deve-se ter o cuidado de evitar que, em decorrência do programa de ação afirmativa, as portas não se fechem inteiramente para as categorias sociais que historicamente se beneficiaram da discriminação do grupo a que se visa promover¹⁵⁴.

¹⁵² Disponível em: www.estudarnoseua.com.br. Acesso novembro 2012.

¹⁵³ Fisher x The University of Texas. Disponível em: www.utexas.edu. Acesso novembro 2012.

¹⁵⁴ GOMES Joaquim Barbosa, Ob. cit. p. 223/224.

A doutrina e a jurisprudência dos Estados Unidos da América têm servido de modelo e paradigma para a construção da argumentação sobre as medidas de ação afirmativa no Brasil, sendo muitos dos argumentos favoráveis às cotas nas universidades brasileiras retirados das argumentações das ações julgadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Curioso notar que as Universidades que adotam ações afirmativas não se utilizam das cotas propriamente ditas, apenas consideram a raça como fator positivo dentre os critérios de admissão. No caso das universidades brasileiras, apesar de se fundamentarem as ações afirmativas com os argumentos utilizados na Suprema Corte Americana, o desfecho tem sido diferente, pois, enquanto a Suprema Corte dos Estados Unidos tem se pronunciado quanto à aceitação das medidas, dependendo das condições, rejeitando a adição de pontos para preenchimento de cotas, no Brasil as “cotas cegas” têm sido aceitas sem qualquer questionamento seja do percentual, seja do critério de enquadramento ou da legitimidade dos beneficiários.

6.3 ÁFRICA DO SUL

O fundamento das medidas de ação afirmativa na África do Sul após o *apartheid* foi garantia de uma transição pacífica para a democracia. A ação afirmativa é usada tanto para promover a igualdade no emprego quanto para o desenvolvimento econômico dos grupos como proprietários dos seus próprios negócios. A Constituição da África do Sul garante a igualdade entre as pessoas, proíbe discriminação com base em raça gênero, sexo, gravidez, estado civil, etnia ou origem social, cor, idade, deficiência, religião, consciência, crenças, cultura, língua e nascimento, ao mesmo tempo em que permite expressamente ação afirmativa para promover a igualdade de pessoas por injusta discriminação. *O Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act* se refere a vantagens por lei especial ou outras medidas para as pessoas e grupos historicamente prejudicados que perderam terras e recursos, bem como a dignidade humana, e que continuam sofrendo as consequências¹⁵⁵.

O Employment Equity Act de 1988 foi a primeira lei para igualdade a entrar em vigor na África do Sul em favor das mulheres, pessoas portadoras de deficiências, africanos negros, pessoas de cor e indianos que, sob o sistema do *apartheid*, estavam incluídos na categoria “negros”. Posteriormente, foram aprovadas outras leis relativas à igualdade. As estratégias previstas incluem, entre outras, o aumento do número de negros proprietários ou gerentes de negócios, facilidade para aquisição de empresas por parte das comunidades e dos trabalhadores, aquisição preferencial de bens produtivos e investimento em negócios em que os

¹⁵⁵ TOMEI, Manuela, ob. Cit.

negros eram proprietários. A África do Sul adota o sistema de metas e cronogramas; em média, a cada um ou dois anos o empregador deve entregar relatórios informando os progressos para tornar a mão de obra demograficamente representativa. Para atingir esse objetivo, os empregadores devem estabelecer metas; não é requerida a criação de cotas. Cabe à Comissão de Equidade controlar o aumento da inclusão com base no perfil demográfico¹⁵⁶.

Employment Equity Act tem como meta atingir equidade no local de trabalho promovendo oportunidades iguais e tratamento justo no emprego por meio da eliminação da discriminação injusta e adotando medidas de ação afirmativa para reparar desvantagens sofridas no emprego por determinados grupos, com o fim de garantir equidade representativa em todos os níveis e categorias na força de trabalho. De acordo com esta norma, os empregadores devem adotar medidas de ação afirmativa.

Quanto ao impacto das medidas de ação afirmativa, constata-se que, desde meados da década de 70, a desigualdade de rendas entre raças tem diminuído levemente, o que não se pode atribuir apenas às medidas, contudo, houve aumento da desigualdade interna no interior de grupos que compreendem os africanos negros, “pessoas de cor” e indianos (desigualdade intra-grupo). As desigualdades no mercado de trabalho relacionadas à raça e gênero permanecem imensas, a transição para a democracia em 1994 foi acompanhada de melhoria na posição salarial da força de trabalho negra em relação a outros grupos, sendo tal melhoria decorrente da dotação de recursos para a educação e para as conquistas ocupacionais dos negros.

Estudos mostram que, desde o final do regime do *apartheid*, as desigualdades *entre* os grupos raciais têm diminuído, ao passo que as desigualdades *internas* aos grupos raciais têm aumentado (cf. Seekings e Natrass, 2002; Van den Bergue e Louw, 2003). Assim, se de um lado os defensores da ação afirmativa argumentam que a lacuna racial representa a principal causa da desigualdade, de outro, os críticos contra-argumentam que as políticas raciais só beneficiarão uma minoria de negros e manterão a alta desigualdade socioeconômica que caracteriza a África do Sul. Eles também sustentam que o país deve abandonar as classificações raciais que caracterizavam o *apartheid* e dar prioridade à classe, e não à raça. São essas as pessoas que pressionam por uma abordagem universalista em vez de particularista, e que seja voltada para os estudantes da classe trabalhadora e das zonas rurais¹⁵⁷.

Na África do Sul, além das justificativas das medidas de ação afirmativa voltadas à reparação, diversidade e inclusão social, são fundamentadas também no capital humano.

¹⁵⁶ TOMEI, Manuela, ob. Cit. p. 21-22.

¹⁵⁷ SILVA, Graziella Moraes Dias. Ações Afirmativas no Brasil e na África do Sul. Tempo Social, v.18 n.2, São Paulo, Nov. 2006. www.scielo.br, acesso novembro 2012.

Ele foca a necessidade de ação afirmativa em termos de mercado de trabalho e produtividade acadêmica associada à necessidade de crescimento econômico. A explicação é que o *apartheid* negou oportunidades a muitos jovens de talento e, por causa disto, solapou o crescimento econômico. Portanto, o acesso deve se concentrar nas carreiras que possam contribuir para o crescimento econômico, normalmente as áreas de ciências e engenharia¹⁵⁸.

O quadro do capital humano geralmente foca o "desperdício" de jovens de talento em razão da discriminação do passado ou do presente, mas às vezes usa a conotação da geração de profissionais comprometidos com áreas desfavorecidas (cinco entre 21). Exemplo por excelência dessa abordagem são as faculdades de medicina, que começaram a priorizar a seleção de estudantes que falam idiomas africanos e que são de origem rural, de zonas particularmente atingidas pela epidemia de HIV. Logo, em algumas universidades a seleção desses estudantes começou a ser feita não apenas com base nos resultados do exame de finalização do ensino médio (o *Matriculation*, ou *Matric*, exame equivalente ao nosso vestibular), mas também em cartas de recomendação e em um questionário biográfico, no qual os estudantes devem demonstrar motivação, comprometimento social e consciência política¹⁵⁹.

Em resumo, as universidades sul-africanas definem ação afirmativa de duas formas muito distintas. De um lado, enfatizam a necessidade de reparar a discriminação do passado. De outro, querem identificar estudantes talentosos que as promovam a uma posição de igualdade no mercado acadêmico global. As disputas entre esses dois quadros também estão em andamento e, dependendo do resultado, a África do Sul irá implementar políticas de ações afirmativas muito diferentes. De um lado, os desenvolvimentos mais recentes da reforma do ensino superior indicam que as abordagens baseadas no capital humano estão se tornando mais fortes. Como os financiamentos acadêmicos são cada vez mais associados à produtividade dos estudantes, as instituições são obrigadas a depender de talentos individuais em vez de adotar abordagens de cunho coletivo. De outro lado, a força do argumento da reparação e a crescente desigualdade inter-racial podem abrir espaço para o quadro da inclusão social, uma vez que este último permite uma abordagem menos racializada e, ao mesmo tempo, de reparação coletiva. As propostas feitas recentemente por universidades, voltadas para a seleção a partir das escolas de ensino médio e não da origem étnico-racial, apontam para esse tipo de solução¹⁶⁰.

6.4 CANADÁ

O *Employment Equity Act* de 1995 do Canadá, em sua primeira parte, trata das obrigações do empregador para com a equidade no emprego. No item 5 prevê que os empregadores devem identificar e eliminar barreiras contra pessoas de designados grupos e instituir políticas e práticas positivas, além de fazer razoáveis acomodações para que pessoas em designados grupos atinjam um grau de representação em cada grupo ocupacional na força de trabalho do empregador. O item 6 enumera o que não deve ser exigido do empregador, por

¹⁵⁸ Idem.

¹⁵⁹ Idem.

¹⁶⁰ Idem.

exemplo, quando a medida causar demasiado sacrifício como exigindo que contrate ou promova pessoas que não possuem qualificação essencial para o trabalho ser realizado ou que crie novas posições, e, no caso do setor público, ter que contratar pessoas que não atinjam o mérito exigido pelo *Public Service Employment Act*. Neste particular, a norma promove o gerenciamento da diversidade sem desprezar a qualificação necessária e a saúde empresarial¹⁶¹.

O ato adota a autoidentificação ou a concordância com a identificação feita pelo empregador como critério de classificação dentre os beneficiários. O art. 10 estabelece que o empregador deve preparar um plano para equidade no emprego que contenha a) especificação das políticas e práticas positivas a serem instituídas pelo empregador em um curto prazo (1 a 3 anos), para contratar, treinar, promover e reter pessoas dos grupos designados e fazer razoáveis acomodações destas pessoas para corrigir a desproporção quanto à representatividade. Deve ainda especificar as medidas, fixar objetivos para aumentar a representação dos grupos ocupacionais na força de trabalho explicitando as estratégias para alcançar as metas. Para estabelecer as metas, o empregador deve considerar a proporção da falta de representatividade de determinados grupos, a disponibilidade e pessoas qualificadas pertencentes aos designados grupos na força de trabalho, e o crescimento ou a redução de postos de trabalho durante o período. Este plano, se adotado, deve constituir razoável progresso em direção aos objetivos, devendo haver esforço razoável para instaurá-lo e monitorá-lo a fim de que alcance progresso em direção às metas.

Os empregadores devem fazer revisão periódica das metas atingidas, atualizá-las e fazer alterações necessárias diante das mudanças de circunstâncias. Devem, também, informar os empregados sobre o plano e os propósitos da equidade como objetivo do plano. Os empregadores podem consultar os representantes dos empregados para considerar as opiniões destes na elaboração do plano. No caso de representação sindical, sindicatos devem participar por consulta da elaboração do plano de metas e cronogramas. Estas obrigações devem ser exigidas após 2 anos em que se tornou empregador. A empresa deve estabelecer e manter um relatório sob o andamento do plano. As políticas e planos devem ser orientados para garantir acesso aos serviços sociais, moradia, emprego, seguro saúde e educação, programas de ação afirmativa com o objetivo de criar condições para a participação nas decisões civis, culturais, políticas e sociais¹⁶².

¹⁶¹ Disponível em: <http://laws-lois.justice.gc.ca>. Acesso outubro/2012.

¹⁶² Department of Justice, <http://laws-lois.justice.gc.ca>.

Entre outras coisas, o *Employment Equity Act* requer que os empregadores adotem medidas positivas para que pessoas de determinados grupos sejam representadas no local de trabalho na mesma proporção em que são representadas na força de trabalho; devem analisar a representatividade e desenvolver *equity plans* para remediar onde houver necessidade; podem fixar meta a ser atingida num prazo de 1 a 3 anos para contratar e promover pessoas de determinados grupos. No Canadá, em metas e cronogramas, a falta de entrega de relatório ou entrega com informações falsas pode levar à punição por multa ou impedimento de participar de licitações¹⁶³.

6.5 IRLANDA DO NORTE

A ação afirmativa na Irlanda do Norte traz uma peculiaridade no tocante à principal causa da discriminação que é fundada na religião. A “*Fair Employment and Treatment Order*” (Instrução para emprego e Tratamento Justo), de 1988, contém disposições relativas tanto à ação afirmativa como a acordos para eliminar a discriminação no emprego com base na religião. Segundo essa instrução, empregadores dos setores público e privado com mais de 10 funcionários devem monitorar anualmente a composição religiosa de sua mão de obra e informar a *Fair Employment Commission* (Comissão para o Emprego Justo).

Os empregadores do setor público são automaticamente registrados na comissão, enquanto no setor privado os empregadores ficam responsáveis pelo registro. Eles também devem, a cada três anos, rever suas práticas de recrutamento, treinamento e promoção para determinar se membros da comunidade católica e protestante estão gozando de “participação justa” no emprego, de acordo com o código de conduta da Comissão para o Emprego Justo. Quando os desequilíbrios são visíveis, é preciso adotar ação afirmativa. Grandes empregadores, com mais de 250 empregados, e todos os empregadores do setor público também devem monitorar a composição dos candidatos¹⁶⁴. Note-se que o controle da garantia da não discriminação é concreto e não genérico; a imposição de medidas de ação afirmativa ocorre após constatação do desequilíbrio por meio do monitoramento da empresa ou setor público.

A discriminação por religião, especificamente as minorias católicas, parece ser mais acentuada do que no tocante às questões raciais.

Vale notar as diferenças tanto no conteúdo, como no âmbito da ação

¹⁶³ Affirmative Action. A Global Perspective – Global Rights - Partners for Justice. Disponível em: www.globalrights.org/site. Acesso em: novembro 2012.

¹⁶⁴ IDEM pp. 20-21.

entre a lei que proíbe a discriminação religiosa na Irlanda do Norte e a lei que torna ilegal a discriminação racial. A discriminação com base racial foi proibida na Irlanda do Norte em 1996, por meio da instrução sobre Relações Raciais, vinte anos depois da adoção do Ato sobre Relações Raciais na Grã-Bretanha. A pressão por parte das organizações não governamentais e as críticas do governo britânico foram úteis para a aprovação da Instrução sobre Relações Raciais¹⁶⁵.

¹⁶⁵ IDEM p. 21

O Brasil é um país pluralista, no sentido da multiplicidade de etnias, religiões e culturas, daí ser possível afirmar que no Brasil vivencia-se a chamada “circunstância do multiculturalismo”, por estar em um contexto integrado pelos problemas desenvolvidos pelas diferenças de grupos e suas formas de endereçamento. Dentre as classificações oferecidas pela doutrina sobre os tipos de multiculturalismo, pode-se incluir o Brasil no tipo liberal que busca integrar diferentes grupos culturais à cultura dominante, não obstante respeite manifestação de outras culturas e religiões. O Estado brasileiro se pauta pela transição de um liberalismo igualitário para a justiça social.

A demanda por mudanças no Brasil retrata a expressão da diversidade *perspectiva* oriunda da crítica aos valores da cultura prevalecente, cujos membros, embora sem elementos culturais distintivos, se agrupam para reconstituir a cultura de um modo que entendem mais adequado, como, por exemplo, ocorre com ambientalistas, homossexuais, negros, etc., que formam grupos que divergem da cultura dominante e se identificam por ideias e afinidades de valores.

No Brasil dos últimos anos, verifica-se o crescimento das chamadas políticas identitárias ou políticas de reconhecimento, que vão além da política das diferenças e têm sido justificadas a partir do fundamento de que a discriminação histórica criou um padrão no âmbito do qual os desfavorecidos lutam com desvantagens. Diante da negativa histórica da igualdade humana, a política de reconhecimento requer mais do que uma mera política de igual valor, pois esta pressupõe que se tratem todos igualmente, cegos às diferenças; já a política de reconhecimento requer que se identifiquem as diferenças e se promovam as particularidades. O objetivo normativo da política de reconhecimento parece não ser mais apenas remover as formas de desigualdade social e econômica, mas a anulação da degradação e do desrespeito, passando do conceito de redistribuição das necessidades materiais para o reconhecimento da dignidade pessoal de todos os indivíduos¹⁶⁶. Dentro deste contexto, o Brasil se projeta com o

¹⁶⁶ HONNETH, Axel. Reconhecimento ou redistribuição? A mudança de perspectivas na ordem moral da sociedade. In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (orgs.). Teoria Crítica no século XXI. São Paulo: Annablume, 2007.

objetivo de ampliar e estender o escopo do igualitarismo além dos confines do liberal conceito de igualdade para incluir a igualdade de oportunidades em vista dos resultados.

Com o fim de tornar a igualdade efetiva, o Estado Social deve se valer de medidas proativas voltadas não somente para promover a igualdade, mas também para prevenir desigualdades. O conjunto de medidas que visa a acelerar o acesso e participação de membros de determinados grupos ao emprego, educação, ascensão social e decisões políticas tem sido chamado na Europa de ações positivas, e nos Estados Unidos *affirmative action*, traduzidas no Brasil como ação afirmativa. No Brasil, a Lei nº 12.288/10 Estatuto da Igualdade Racial, define ações afirmativas para fins de aplicação do referido estatuto como: “*VI - ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades*”.

As principais convenções internacionais¹⁶⁷ que dispõem sobre medidas especiais de proteção e promoção da igualdade para determinados grupos foram ratificadas pelo Brasil. Dentre estas medidas especiais, as de ação afirmativa devem possuir caráter excepcional e transitório por se destinarem ao fim específico de garantir a igualdade de tratamento e oportunidades pelo efetivo resultado. Algumas destas medidas especiais e medidas de ação afirmativa vigentes no Brasil podem apresentar um limite muito tênue para com as ações discriminatórias por atribuírem determinadas vantagens a determinados grupos, cabendo ao Poder Judiciário o controle da legalidade destas tendo em vista o arcabouço de normas internacionais, os princípios e normas constitucionais e a legislação infra-constitucional brasileira.

1 CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

O Brasil ratificou as principais Convenções Internacionais que tratam do direito à igualdade, da proibição da discriminação e das exceções que permitem a instituição de medidas especiais de proteção, dentre estas as medidas de ação afirmativa. São elas a Convenção Internacional da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1966)

¹⁶⁷ ICERD – International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, (CEDAW) Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women da ONU Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da ONU. A Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência – Convenção de Guatemala de 1999 e Convenção 111 e 159 da O.I.T.

ratificada em 27/03/1968, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979) ratificada em 01/02/1984, inclusive a Emenda n. 20 aceita em 05/03/1997, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969 pelo Decreto número 678/92 e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência com *status* de Emenda Constitucional ratificada em 09/07/2008.

No campo específico das relações de trabalho, o Brasil ratificou a Convenção nº 100 da OIT sobre Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres (1951) em 25/04/1957 e a Convenção nº 111 sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (1958) ratificada em 26/11/1965. A vigência e aplicação das Convenções Internacionais no Direito Interno dependem dos comandos que emergem da Constituição da República que dita à forma de incorporação das normas internacionais por meio da ratificação.

A Constituição Federal de 1988 consagra alguns princípios que regem as relações internacionais brasileiras, podendo se destacar os do art. 4º; a prevalência dos direitos humanos (inciso II), a igualdade entre os Estados (inciso V), a cooperação dos povos pelo progresso da humanidade (inciso IX), além do disposto no art. 21, I, segundo o qual compete à União manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais. O art. 84, VII e VIII dispõe que compete ao Presidente da República manter relações com Estados Estrangeiros, acreditar seus representantes diplomáticos, celebrar tratados, convenções e atos internacionais.

A Constituição social brasileira de 1988 traz em seu preâmbulo a cláusula do “Estado Social”, ao constar expressamente que o Estado Democrático de Direito por ela instituído destina-se a assegurar “o exercício dos 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...”, evidenciando, assim, os principais elementos identificadores do Estado Social. Em sua organização, a Constituição vigente superou os textos anteriores, ao erigir os Direitos Sociais em capítulo próprio (Capítulo II, do Título II), retirando a matéria da condição inominada em que permanecia no campo da Ordem Econômica e Social.

Os Direitos Sociais integram os Direitos e Garantias Fundamentais, no Título II da Constituição, logo em seguida aos Princípios Fundamentais do Título I, realizando assim, uma dicotomia: Direitos Sociais (art. 6º) e Direitos Sociais do Trabalho (art. 7º a 11º). Entretanto, é no Título da Ordem Social que se encontram as regras constitucionais relacionadas com a

Seguridade Social (arts. 194/195), com a Saúde (arts. 196/200), com a Previdência Social (arts. 201/202), com a Assistência Social (arts. 203/204), a Educação (arts. 205/214), o lazer (art. 217) a maternidade e a infância (arts. 226/230).

A constituição de 1988 reconheceu o caráter plural da sociedade brasileira ao expressar em seu artigo 215 § 1º que o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras. No art. 206 estão previstos os princípios que devem nortear a educação, dentre estes o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas e igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

Dentre os princípios fundamentais assegurados pela CF/88 destaca-se, em seu art. 1º, III e IV, o respeito à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho. O art. 3º define como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: 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. No art. 4º VIII está previsto que, nas relações internacionais, a República rege-se pelo repúdio ao racismo. O *caput* do art. 5º prevê literalmente que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, especificando no inciso I que os homens e as mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos da Constituição.

A Constituição prevê ainda que: a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos fundamentais (art. 5º, XLI), ao mesmo tempo em que criminaliza a prática do racismo de forma inafiançável e imprescritível (art. 5º, XLII). A discriminação por origem, raça e cor também consta expressamente na norma constitucional e é proibida como expressão de racismo, cuja tipificação como crime está presente na Lei n. 7.716/89. Esta lei define racismo como crime resultante de preconceito de raça ou de cor, referente a impedir o acesso aos cargos e empregos e estabelecimentos públicos e privados; na condição de consumidor ou impedir casamento ou convívio familiar.

Em quase todas as normas nacionais e internacionais consta proteção expressa contra discriminação com base na raça, cor ou origem. Modernamente já se questiona a proteção contra a discriminação por motivo de raça, pois se parte de uma premissa que admite a existência de raças humanas, o que vem sendo questionado pela ciência contemporânea, sendo mais adequado referir-se a grupos étnicos. Contudo, este argumento não pode negar a existência das raças como conceito político e social.

Quanto aos portadores de deficiência física e beneficiários reabilitados, além das garantias gerais contra a discriminação, o art. 7º XXXI proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critério de admissão do trabalhador portador de deficiência; e o art. 203, IV da CF dispõe que a assistência social será prestada a quem necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e um de seus objetivos é a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e promoção de sua integração à vida comunitária.

Deverá ser habilitado ao trabalho todo aquele que, com deficiência, adquira conhecimentos profissionais ou pré-profissionais e esteja capacitado para o exercício de uma função. Já a reabilitação diz respeito às pessoas que se tornaram deficientes em razão de acidentes ou doenças. O artigo 37º inciso VIII estabelece reserva de vagas em favor dos deficientes, determinando que a lei reserve para estes percentuais de cargos e de empregos públicos e defina os critérios de admissão. Neste artigo a Constituição Federal direciona o legislador para instituir o sistema de reserva de vagas ou cotas, como ação afirmativa em favor das pessoas com deficiência, matéria que será tratada no próximo capítulo.

A Constituição brasileira faz menção expressa à proibição da discriminação por sexo ou gênero. O sexo é a primeira expressão de divisão humana e não há qualquer questionamento quanto à existência de diferenças físicas e biológicas entre o homem e a mulher. Contudo, a forma de tratamento dessas diferenças e a repercussão que estas tiveram no poder que a história atribuiu ao homem geraram a necessidade de normas de garantia de igualdade de direitos e proteção contra a discriminação por gênero. O art. 7º XXX proíbe a diferença de salários, de exercício de função e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Este artigo proíbe critério de admissão fundado nas bases definidas e deve servir de parâmetro no tocante às medidas de ação afirmativa com reserva de vagas e critério de admissão com viés racial ou fundamentado na cor da pele.

Antes da Constituição de 1988 o direito brasileiro estava permeado por normas que tratavam diferentemente o homem e a mulher. Os valores que as justificavam iam desde a incapacidade até a fragilidade física e psíquica do sexo feminino. Com o advento do art. 5º, I da Constituição Federal, que estabelece que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, muitas destas normas não foram recepcionadas pela nova ordem constitucional. No direito do trabalho, as normas em proteção ao trabalho da mulher foram revogadas, permanecendo apenas aquelas que protegem a gestação e a maternidade. No tocante às medidas especiais destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o

homem e a mulher, bem como quanto à diferença de tratamento entre os gêneros, o Brasil conta com algumas peculiaridades que merecem ser analisadas.

No sistema jurídico brasileiro ainda permanecem algumas normas que excepcionam a igualdade de direitos e obrigações entre o homem e a mulher como, por exemplo, a previsão do art. 143 da Constituição Federal que dispõe “o serviço militar é obrigatório nos termos da lei” e o § 2º dispõe que “as mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir”. O art. 201 § 7º I da Constituição Federal prevê a aposentadoria com 35 anos de contribuição para os homens e 30 anos de contribuição para as mulheres, tendência seguida pelo artigo 48 da Lei nº 8.213/91 que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social que prevê a aposentadoria por idade de 65 anos para os homens e 60 para as mulheres. O tratamento diferenciado em benefício da mulher tem sido justificado pela cultura da “dupla jornada feminina”, segundo a qual é da mulher a maior responsabilidade pela casa e filhos, condição que mais do que um estereótipo ainda é uma realidade na cultura brasileira. No tocante ao serviço militar, a capacidade de gestação e a maternidade podem justificar o tratamento diferenciado, mas no que concerne à aposentadoria com idade inferior, o fundamento é meramente cultural, já que as estatísticas demonstram a maior longevidade das mulheres comparada à dos homens.

No que concerne à medida especial de proteção à gestação e ao mercado de trabalho da mulher, o art. 7º XVIII garante licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias. O art. 10 –II b Ato das Disposições Constitucionais Transitórias prevê a garantia do emprego da gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Esta garantia pode ser considerada mais para a proteção temporária do emprego da mulher gestante do que para a proteção do mercado de trabalho da mulher, como enuncia o art. 7º XX que permite a adoção de medidas especiais para a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos nos termos da lei. Este artigo vem sendo apontado como o permissivo constitucional para as medidas de ação afirmativa no Brasil, não só com relação ao mercado de trabalho da mulher como também para outros grupos; na verdade, a interpretação deve ser restritiva, como será visto no capítulo a seguir.

Por meio das Convenções internacionais ratificadas pelo Brasil e pela interpretação sistemática da constituição brasileira, pode-se afirmar que, no Brasil, as medidas de ação afirmativa em geral estão em consonância com o sistema jurídico, desde que não contrariem as

normas constitucionais, cujo controle da legalidade está a critério do Supremo Tribunal Federal. Dentro deste contexto algumas questões devem ser ponderadas no tocante à análise da constitucionalidade das medidas especificamente adotadas por lei ou atos administrativos em benefício de outros grupos não destacados pela Constituição Federal, já que esta faz referência expressa apenas às pessoas com deficiência e às mulheres. Questiona-se, também, a constitucionalidade de medidas de ação afirmativa que estabelece cotas de ingresso mediante critérios que quebrem a meritocracia, ou ainda que não demonstrem a condição específica do grupo que justifique o tratamento especial. Respondendo estas questões, a jurisprudência brasileira vem se formando em torno da constitucionalidade¹⁶⁸ dos sistemas de admissão instituídos por algumas universidades públicas brasileiras.

2 ACESSO À EDUCAÇÃO NAS ESCOLAS TÉCNICAS FEDERAIS E UNIVERSIDADES

O debate sobre a adoção de medidas de ação afirmativa no Brasil está mais presente no campo da educação, mais especificamente no acesso às universidades públicas. A abordagem sobre o tema deve responder a algumas questões: 1- Podem as Universidades instituir ações afirmativas para critério de admissão? 2- A reserva de vagas por meio de cotas para admissão é compatível com as normas constitucionais brasileiras? 3- Os critérios adotados podem levar em conta aspectos étnico-raciais? 4- A realidade brasileira justifica a eleição dos negros, assim considerados os pretos e pardos e os estudantes oriundos de escolas públicas, vem como indígenas como beneficiários das cotas?

A ação afirmativa por meio de reserva de vagas nas universidades foi instituída no Brasil pela Lei nº 5.465/68 chamada “lei do boi”, que previa a reserva de 50% das vagas das escolas superiores de agricultura e veterinária mantidas pela União para candidatos agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residissem em zona rural, e 30% para os que residissem em cidades ou vilas que não possuísem estabelecimentos de ensino médio. A norma foi revogada em 1985 por não atingir seus principais objetivos, já que filhos de latifundiários eram os que mais se beneficiavam da reserva.

¹⁶⁸ O Supremo Tribunal Federal julgou constitucional o sistema de cotas da UNB na ADPF 186 e da UFRGS, RE 597285, com Repercussão Geral.

Muitas universidades públicas brasileiras, sob a interpretação do artigo 207 da Constituição Federal que prevê que “as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial”, e com base na Lei nº 9.394/96 que estabelece as diretrizes e base da educação nacional, passaram a adotar sistema de cotas para a admissão em seus cursos. A constitucionalidade destes sistemas vem sendo questionada junto ao judiciário tendo recentemente sido julgados pelo Supremo Tribunal Federal os sistemas adotados pela UNB - Universidade de Brasília, pela ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, e pela UFRGS Universidade Federal do Rio Grande do Sul, por meio do RE- Recurso Extraordinário 597285 com Repercussão Geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. A conclusão foi pela improcedência de ambas as medidas judiciais e pela constitucionalidade de ambos os sistemas, conforme fundamento do voto proferido na ADPF publicado no site do STF. Cumpre salientar que os julgamentos foram precedidos por Audiência Pública respaldada no art. 5º, J da Lei nº 9.882/99 que faculta ao Relator das ações de caráter objetivo sobre Ação Direta de Inconstitucionalidade convocar audiências públicas em ato próprio da representação participativa prevista na Constituição Federal vigente.

Os beneficiários eleitos para as cotas de admissão em universidades públicas brasileiras, em geral, são negros (pretos e pardos), índios e alunos oriundos do ensino médio gratuito, tomando este como critério objetivo de que são oriundos de famílias de baixa renda. Muitos são os argumentos contras e a favor¹⁶⁹, não apenas quanto a este tipo de ação afirmativa, como quanto à eleição de cotas raciais ou da adoção do critério objetivo de “ter estudado em escola pública” como fator de pobreza. Alguns argumentos revelam aspectos históricos, políticos e sociais, e outros se prendem aos aspectos jurídicos. Contudo, diante da dificuldade de identificação do negro em razão da miscigenação do povo brasileiro, muitos argumentos contrários são expressos, tanto no tocante à auto-identificação, como pela identificação por terceiros por um chamado “tribunal racial”, diante das dificuldades em identificar os beneficiários, seja por fenótipo, seja por ancestralidade, o que pode levar membros de uma mesma família a serem identificados de forma diversa com inclusão de um e exclusão de outro do grupo beneficiário.

¹⁶⁹ Notas taquigráficas da audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal em razão do julgamento da ADPF 186 e RE.

2.1 ARGUMENTOS SOBRE A ADOÇÃO DE COTAS EM UNIVERSIDADES PÚBLICAS ¹⁷⁰

Favoráveis: as políticas universais não se mostraram suficientes para diminuir as desigualdades; as cotas se mostraram eficientes para dar oportunidades para aqueles que não chegariam às universidades públicas sem as cotas, além de contribuir para o engrandecimento da universidade pela construção do saber por meio da diversidade e por diferentes experiências de vida. As cotas compensam desvantagens decorrentes da discriminação indireta sofrida pelos beneficiários;

Contrários: Critério de cotas inclui ao mesmo tempo em que exclui, por razões que independem dos estudantes. De um lado, o objetivo constitucional quanto à igualdade, de outro lado, o art. 208-V da Constituição Federal que dispõe sobre o “acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”, assegurando o valor da meritocracia. Sob o aspecto prático apresentam-se argumentos como o caráter desagregador das medidas, pois, sempre que se dá preferência para alguém, outra pessoa se sente prejudicada e esta insatisfação gera tensão entre os grupos. O tratamento preferencial contribui para o surgimento de falsas vítimas e falsos beneficiários diante da quebra do critério objetivo. Melhor seria oferecer cursinhos preparatórios para que todos pudessem concorrer em igualdade de condições valorizando o esforço individual. As cotas desestimulam tanto os beneficiários quanto os demais a buscarem resultados individuais por meio do esforço.

2.2 ARGUMENTOS SOBRE A SEPARAÇÃO DE NEGROS COMO BENEFICIÁRIOS

Favoráveis: a compensação pelas desvantagens decorrentes da escravidão e da discriminação indireta; a miscigenação brasileira não destituiu a racialidade social; as estatísticas mostram que o maior índice de analfabetismo e exclusão está entre os negros. A convenção da ONU contra a Eliminação de qualquer tipo de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil, prevê medidas especiais de inclusão para os negros. A Constituição não encampou uma visão puramente econômica das igualdades, mas também do reconhecimento da valorização das identidades de grupos culturais não hegemônicos no processo social. No Brasil, a discriminação racial tem sua razão de ser no fenótipo do indivíduo, o que desconstitui que a

¹⁷⁰ Os argumentos foram coletados das notas taquigráficas da audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal pela ocasião do julgamento do ADPF 186 e RE 597285, acesso em outubro de 2012 www.stf.jus.br.

miscigenação nega o preconceito de cor. Forma eficiente de manter a representação pluriétnica da sociedade brasileira na universidade. Consonância com a Lei nº 12.288/10 Estatuto da Igualdade Racial.

Contrários: não se pode atribuir à raça a outorga de direitos. O mau desempenho não se deve ao fenótipo, mas sim ao ensino de má qualidade; o fenótipo não pode ser atributo de concessão de direitos em um país que proíbe a discriminação racial; não há culpados que devam responder por questões estruturais do passado. As cotas raciais impingem valores sociais nas novas gerações de que elas terão adversários de cor diferente para conseguir ter os mesmos direitos e as mesmas oportunidades. Risco do supremacismo racial, do qual decorre a eliminação política e ideológica da identidade mestiça brasileira e a absorção dos mulatos, caboclos, dos cafuzos e outros pardos pela identidade negra. A quebra do critério objetivo pode constituir uma interferência maligna do Estado nas relações sociais e provocar a racialização da sociedade com a instituição do conflito racial. Dificuldade de classificação, principalmente em razão da miscigenação, confusão entre os critérios de ascendência ou por fenótipos. Confusão das estatísticas quanto à junção de pretos e pardos, estes em maioria, na categoria negro, e exclusão dos pardos quando do percentual de conquistas e inclusão. Este critério também sacrifica a igualdade, para eleger a raça em paradoxo à luta mundial contra o racismo. Outro argumento é que a raça não seria a causa da desigualdade, mas, sim, a classe social; incompatibilidade com a realidade brasileira diante da grande miscigenação, o que dificulta a classificação das pessoas pelo fenótipo.

2.3 ARGUMENTOS SOBRE A ELEIÇÃO DE ESTUDANTES ORIUNDOS DA ESCOLA PÚBLICA

Favoráveis: Promover a igualdade material por meio da inclusão das classes menos favorecidas; corrigir efeitos das diferenças decorrentes das desvantagens na educação, considerando também a situação dos antecedentes; atender à proposta social da diversidade como missão da universidade, não apenas no acesso aos cursos superiores, mas também como formadora de profissionais e líderes integrantes das classes incluídas. Direito da Universidade de definir sua política de admissão diante da sua autonomia administrativa, dentro do permissivo legal.

Contrários: descumprimento da constituição, que prevê expressamente o acesso ao ensino superior pela capacidade; possibilidade da adoção de medidas de caráter universal para

promover o acesso sem quebrar o critério constitucional objetivo quanto à capacidade; correção das desvantagens de aprendizado por intermédio de cursinhos pré-vestibulares gratuitos, por exemplo, preservando o valor do esforço individual. Verificação prática de que as cotas cegas podem privilegiar oriundos de escolas públicas de excelente qualidade e de difícil acesso, como escolas militares; comprometimento da qualidade das universidades pela quebra da valorização da meritocracia.

2.4 JURISPRUDÊNCIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O voto proferido pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski na ADPF Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 sobre o sistema de cotas praticado pela Universidade de Brasília, cujo julgamento resultou na improcedência, por unanimidade, trouxe argumentos que devem ser analisados por representarem o pensamento atual da mais alta corte do Poder Judiciário brasileiro, precedente que, com certeza, influenciará questionamentos futuros sobre a matéria.

O voto destaca a questão fundamental, a saber, se os programas de ação afirmativa que estabelecem um sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial, para acesso ao ensino superior, estão em consonância com a Constituição Federal. Inicia a abordagem ao afirmar que a igualdade prevista na Constituição de 1988 não se ateve a proclamar o princípio da isonomia no plano formal,

mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, levando em consideração – é claro - a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais, além de atentar, de modo especial, para a desequiparação ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais ¹⁷¹.

Prossegue o voto afirmando claramente a possibilidade de se instituírem ações afirmativas em complemento às políticas públicas universalistas:

Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

¹⁷¹ Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiasSTF/anexo/ADPF186RL.pdf. Acessado em 16/10/2012.

Invoca, em seu conteúdo, a aplicação do princípio da igualdade, sob a ótica da justiça distributiva ou compensatória, e os diversos mecanismos institucionais presentes na Constituição de 1988 para conferir efetividade aos direitos e garantias fundamentais e promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados. No tocante ao previsto no art. 208, V, da Constituição Federal que dispõe que o acesso aos níveis mais elevados de ensino seja efetivado “segundo a capacidade de cada um”, o voto o interpreta sob a ótica do princípio da igualdade material. Assinala que o dispositivo deve ser interpretado levando em conta os objetivos gerais buscados pelo Estado Democrático de Direito segundo o preâmbulo da Constituição de 1988, podendo calibrar os critérios objetivos de seleção.

Essa metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. Ademais, essa metodologia parte da premissa de que o princípio da igualdade não pode ser aplicado abstratamente, pois procede a escolhas voltadas à concretização da justiça social. Em outras palavras, cuida-se, em especial no âmbito das universidades estatais, de utilizar critérios de seleção que considerem uma distribuição mais equitativa dos recursos públicos para que se possa dar concreção aos objetivos maiores colimados na constituição¹⁷².

O mesmo voto destaca a questão, a saber, se a inexistência de raça, cientificamente comprovada no tocante ao conceito biológico ou genético, impede a utilização de critério étnico-racial para o fim de seleção de pessoas. Para esclarecer esta questão, o Exmo. Ministro Relator invocou precedente de 2003 no HC 82.424-QO/RS de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, conhecido como o “Caso Ellwanger”, no qual se debateu o significado jurídico do termo “racismo” referido no art. 5º, XLII da Constituição e descreve parte do voto daquele relator:

Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre da mera concepção histórica, política e social e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito.

Como justificativa da adoção do critério étnico-racial o voto aborda as características das sociedades contemporâneas que passaram pela experiência da escravidão, repressão e preconceito em que a garantia da igualdade meramente formal sublima as diferenças entre as pessoas, contribuindo para perpetuar as desigualdades de fato existentes entre elas. E afirma que o reduzido número de negros e pardos que exercem cargos ou funções

¹⁷² Voto citado.

de relevo em nossa sociedade resulta da discriminação histórica que as pessoas pertencentes a esses grupos têm sofrido, ainda que, na maior parte das vezes, de forma implícita ou camuflada. Complementa declarando que os programas de ação afirmativa nessas sociedades são uma forma de compensar a discriminação culturalmente arraigada.

O voto vai além, ao realçar uma nova versão de justiça social que não se esgota em redistribuir riquezas como também distinguir, reconhecer, e incorporar à sociedade valores culturais diversificados, desenvolvendo um novo paradigma que coloca o reconhecimento no centro da discussão e, por este caminho, justifica afirmando que o critério social não seria suficiente para promover a integração demonstrando a necessidade de se incorporarem recortes de ordem étnica e racial. O eminente voto argumenta também a importância do ambiente universitário para a formação do pensamento e oportunidade de convivência com os que ingressam por meio das cotas.

Muito se questiona no Brasil sobre como identificar o negro que pode se beneficiar das cotas raciais, se seria passível de auto-identificação ou se terceiros deveriam julgar. A posição exposta no eminente voto foi que qualquer um dos dois sistemas ou a combinação de ambos são aceitáveis, desde que jamais deixem de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos.

Sobre a modulação das medidas de ação afirmativa, o eminente voto trata da natureza transitória das medidas e da necessidade de observância da proporcionalidade entre os meios empregados e os fins a serem alcançados, concluindo:

Assim, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se em benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática.

No que concerne ao respeito à proporcionalidade entre os meios empregados e os fins colimados, bem como à razoabilidade das medidas, depreendeu que o sistema da UNB “não se mostrou desproporcional ou irrazoável”, entendendo-o compatível com a Constituição.

O voto do Exmo. Ministro Relator foi acompanhado por todos os demais integrantes da corte que somaram argumentos em suas manifestações.

2.5 LEI Nº 12.711 DE 29 DE AGOSTO DE 2012 INGRESSO NAS ESCOLAS TÉCNICAS E UNIVERSIDADES FEDERAIS

Esta recente lei dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio. A edição desta lei tende a uniformizar os sistemas de reserva de vagas nas universidades federais brasileiras, e abraça em seu conteúdo alguns conceitos desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência sobre o assunto, o que convém analisar. De início incorpora expressamente medida de ação afirmativa por fixação de cotas sob uma perspectiva de justiça social para classes de baixa renda. A reserva de vagas quebra o critério objetivo de admissão por mérito conforme disposto no art. 208 – V da Constituição Federal: “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística segundo a capacidade de cada um”. Neste aspecto, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou com a interpretação deste artigo levando em conta a igualdade material como um dos objetivos gerais buscados pelo Estado Democrático de Direito segundo o preâmbulo da Constituição de 1988, razão pela qual não há inconstitucionalidade em calibrar os critérios objetivos de seleção em favor da igualdade matéria.

A Lei elege um percentual de 50% das vagas sem qualquer justificativa estatística. Não obstante o percentual de 50% deva ser implantado em quatro anos, parece acima do razoável, diante da prática da exceção ao princípio da isonomia, ainda que sob a justificativa da busca da igualdade material. Este percentual é o máximo admitido para o sistema de cotas adotado na Índia, como já exposto em capítulo anterior. Nos casos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal¹⁷³ concernentes à Universidade de Brasília e UFRGS, os percentuais tidos como razoáveis eram de 20% para candidatos negros e 30% para egressos de escolas públicas, respectivamente. Logo, nada impede que a constitucionalidade do percentual de 50% venha a ser questionada perante o STF.

Outro critério objetivo adotado pela referida Lei para abranger estudantes com família de baixa renda foi o fato de ter cursado o ensino médio em escolas públicas. Apesar de este critério sofrer algumas críticas, já vinha sendo adotado por várias universidades e também não foi condenado pelas decisões do STF, não obstante neste particular o STF não tenha contado com unanimidade no Recurso Extraordinário interposto contra o sistema da Universidade do Rio Grande do Sul, já que houve um voto contrário ao critério de estudantes

¹⁷³ ADPF 186 STF.

provenientes da escola pública¹⁷⁴. As críticas atribuídas foram quanto à possibilidade de incluir estudantes da classe alta diante das poucas escolas públicas excelentes em algumas regiões do País, e excluir estudantes pobres nas situações em que famílias de classe baixa empenharam esforços e sacrifícios para que os filhos estudassem em escolas particulares com melhor qualidade. Outra crítica a este critério é o reconhecimento legal de que as escolas públicas, em geral, não possuem qualidade suficiente para competir com as escolas particulares e, quando têm, são frequentadas por ricos, como, por exemplo, as escolas militares.

O parágrafo único do artigo primeiro faz reserva da reserva ao estabelecer que, do percentual de 50% reservado, 50%, ou seja, 25% do total das vagas devem ser reservados para os estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salários mínimo *per capita*, a saber, para estudantes cujas famílias sejam comprovadamente de baixa renda. Neste caso, vislumbram-se outras barreiras quanto à permanência destes cotistas na universidade, sobretudo nos cursos em período integral que não permitem o acúmulo com o trabalho. Barreiras como dificuldades para moradia e alimentação, bem como a falta de candidatos habilitados para preencher as vagas, podem impedir que as medidas alcancem os fins colimados.. Além de bolsas e financiamentos, o sistema brasileiro deve desenvolver, em paralelo, soluções que viabilizem cursar a universidade, como, por exemplo, o trabalho e estágio remunerado destes jovens durante as férias escolares.

O artigo 3º da Lei cria outra proporção dentro da reserva de vagas para pretos, pardos e indígenas em conformidade com a estatística do IBGE em proporção aos autodeclarados como tais dentro da unidade federativa na qual se estabelece a universidade. A constitucionalidade do recorte étnico-racial na reserva de vagas também já foi apreciada pelo STF, que entendeu ser constitucional, o que também ocorreu com o critério da autodeclaração. O que pode gerar dúvidas é se os percentuais para pretos e pardos serão englobados como negros ou se terão vagas separadas, como faz crer a mais precisa interpretação do artigo, pois neste caso teriam muito mais vagas para pardos do que para pretos.

Sob a necessidade da transitoriedade da medida, a Lei traz, em seu artigo 7º, a determinação de revisão pelo Poder Executivo no prazo de 10 anos a contar da publicação; contudo, este parece um critério muito aberto de revisão, pois careceria de uma meta especificada para analisar o alcance ou não, e os obstáculos, pela inadequação da lei. A previsão genérica de revisão pode levar a um período de vigência ilimitado, descaracterizando a medida

¹⁷⁴ RE 577285.

e a tornando eterna com os riscos de ocorrer o que deve ser afastado conforme expressado no voto do Excelentíssimo Relator da ADPF 186:

Assim, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se em benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática.

Para que seja aplicada já em 2013, a Lei foi regulamentada pelo Decreto nº 7.824 de 11/10/2012 que conduz à definição do que considera escolas públicas, define a formação do Comitê de acompanhamento e Avaliação das reservas de vagas, delegando ao Ministério da Educação por atos complementares a definição da forma de apuração e comprovação da renda familiar referida na lei.

A Lei, ao mesmo tempo em que uniformiza o sistema, esbarra na autonomia das Universidades e define critérios que podem não ser os mais adequados às necessidades regionais; além de fixar um elevado porcentual de reserva, não disciplina o destino dos programas já existentes no sentido de uniformizarem o sistema e não continuarem com sistemas diversos em paralelo. A falta de definição objetiva do prazo de duração das medidas também a torna passível de declaração de inconstitucionalidade.

2.6.1 LEI Nº 11.096/2005 PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS – PROUNI

Esta lei instituiu a concessão de bolsas de estudo, integrais ou parciais (50% ou 25%) para o estudo em instituições privadas de ensino superior. Esta medida elegeu como beneficiários os brasileiros não portadores de diploma de curso superior, que cursaram ensino médio na rede pública ou como bolsista integral em rede privada, cuja renda familiar *per capita* não exceda a um salário mínimo e meio para bolsa integral e até três salários mínimos para bolsa parcial. A bolsa foi destinada também aos estudantes portadores de deficiência e aos professores para cursos de licenciatura.

O art. 7º da Lei nº 11.096/2005 dispõe sobre as obrigações a serem cumpridas pelas instituições educacionais, devendo constar entre as cláusulas necessárias um “porcentual de

bolsa de estudo destinado à implementação de políticas afirmativas de acesso ao ensino superior de portadores de deficiência ou de autodeclarados indígenas e negros”. Neste artigo a lei já indica a formação e qualificação profissional das pessoas com deficiência.

O critério referente à população de baixa renda foi muito bem demarcado, além de amarrar dois fatores: ser oriundo da escola pública e a situação econômica familiar. Contempla ainda os bolsistas integrais de escolas privadas, por exemplo, filhos de empregados de escolas particulares que ganharam bolsa integral para seus filhos na escola em que trabalharam. Os critérios adotados consideram a capacidade do aluno já que vincula a seleção pelos resultados do Exame Nacional do Ensino Médio – Enem e respeita a autonomia das instituições de ensino superior ao considerar os critérios de seleção destas. O art. 8º da lei dispõe sobre a isenção fiscal das instituições que firmarem termo de adesão ao Prouni.

Como o programa foi instituído por medida provisória convertida em lei, foram interpostas duas ações de inconstitucionalidade (ADI 3330 e ADI 3314) alegando, no mérito a inconstitucionalidade dos artigos 10 e 11 da lei impugnada, que considerou entidade beneficente de assistência social a instituição que oferecer uma bolsa integral para cada nove estudantes pagantes. Arguem que violam, por conseguinte, os artigos 146, II e 195 parágrafo 7º da Constituição Federal que exigem lei complementar para conceituar entidade beneficente de assistência social e ao estabelecerem “requisitos para que a entidade possa ser considerada beneficente de assistência social”. As referidas ações foram julgadas improcedentes por maioria. Segundo o voto do relator, dentre vários argumentos de rejeição às alegações, afirmou que o Prouni é coerente com diversos dispositivos constitucionais que preveem a redução de desigualdades sociais.

Como medida de ação afirmativa, pode-se considerar que o Prouni busca reparar a defasagem educacional da população mais pobre, fixa o prazo da adesão por 10 anos e no art. 18 enuncia uma avaliação do programa obrigando o Poder Executivo a dar ampla publicidade aos resultados do programa.

2.7 LEI Nº 12.288/2010 ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL

Conforme já referido aqui, a Lei nº 12.288/2010 em seu artigo 1º, IV define ações afirmativas como “programas e medidas especiais adotadas pelo Estado e pela iniciativa

privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção de igualdade de oportunidades”.

No mesmo artigo 1º - VI, a lei define população negra como “o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, ou que adotam autodefinição análoga”. Neste artigo fica clara a opção legislativa pela autodefinição e pela caracterização pelo fenótipo, e não por ascendência ou ancestralidade.

O art. 4º prevê que:

A participação da população negra, em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de: I - inclusão nas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social; II - adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa; VII - implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à educação, cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, à Justiça, e outros. Parágrafo único: Os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas públicas e privadas, durante o processo de formação social do País.

O Capítulo II da presente lei é dedicado ao direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer. A seção II dedicada à educação e em seu art. 13º dispõe que: “O Poder Executivo federal, por meio dos órgãos competentes, incentivará as instituições de ensino superior pública e privada, sem prejuízo da legislação em vigor, a:” “III - desenvolver programas de extensão universitária destinados a aproximar jovens negros de tecnologias avançadas, assegurado o princípio da proporcionalidade de gênero entre os beneficiários”; “IV - estabelecer programas de cooperação técnica, nos estabelecimentos de ensino públicos, privados e comunitários, com as escolas de educação infantil, ensino fundamental, ensino médio e ensino técnico, para a formação docente baseada em princípios de equidade, de tolerância e de respeito às diferenças étnicas”.

Os artigos 14º, 15º e 16º dispõem sobre as medidas de ação afirmativa e a avaliação dos programas destinados à educação. “Art. 14º O poder público estimulará e apoiará ações sócio-educacionais realizadas por entidades do movimento negro que desenvolvam atividades voltadas para a inclusão social, mediante cooperação técnica, intercâmbios, convênios e incentivos, entre outros mecanismos”; Art. 15º O poder público adotará programas de ação

afirmativa. Art. 16º O Poder Executivo federal, por meio dos órgãos responsáveis pelas políticas de promoção da igualdade e de educação, acompanhará e avaliará os programas de que trata esta Seção.

Estes dispositivos consagram as medidas de ação afirmativa no Brasil com recorte étnico-racial em favor da educação e outros setores e dispõem expressamente no parágrafo único sobre o aspecto reparatório das medidas em razão de práticas discriminatórias adotadas durante a formação social do País, contudo também não autorizam todo e qualquer tipo de ação afirmativa; estas devem ser analisadas em concreto quanto à consonância com as normas constitucionais.

3 PARTICIPAÇÃO DAS MULHERES NAS DECISÕES POLÍTICAS

As cotas de participação das mulheres nos partidos políticos para eleições municipais foram introduzidas pela Lei 9.100 em 1995 fixadas em 20%. Este dispositivo foi revisado em 1997 pela Lei n. 9.504, que ampliou a medida para os demais cargos eletivos por voto proporcional, aumentando o número de vagas de cada partido ou coligação para conter o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo, tanto para as eleições municipais quanto para as estaduais como também para as federais. Ocorre que a Lei não exigia o preenchimento obrigatório destas vagas; caso não fossem preenchidas, poder-se-ia deixá-las em aberto, além disto, houve ampliação do número de candidaturas permitidas para a disputa.

A Lei nº 12.034 de 2009 alterou as Leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos e 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. No tocante à Lei nº 9.504/97, reformulou o parágrafo 3º do art. 10º substituindo a expressão “reservará” por “preencherá”, ficando com a seguinte redação: “Do número de vagas resultantes das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação *preencherá* o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo”.

Sobre a aplicação dos recursos do Fundo Partidário a Lei nº 12034/2009 incluiu o inciso V ao art. 44 da Lei nº 9.096/95 que dispõe sobre a *“criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo*

de 5% (cinco por cento) do total”. Incluiu também o parágrafo 5º, determinando a sanção ao partido que não aplicar 5% dos recursos do Fundo Partidário para criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres. Neste caso, deverá, no ano subsequente, acrescer o percentual de 2,5% do Fundo Partidário para esta destinação, ficando impedido de utilizá-lo para finalidade diversa. No tocante à propaganda partidária gratuita, houve a inclusão do inciso IV ao art. 45, que trata dos fins da propaganda partidária gratuita: *“promover e difundir a participação política feminina, dedicando às mulheres o tempo que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 10% (dez por cento)”*.

Esta norma se trata de típica ação afirmativa em favor das mulheres, pois é uma medida de caráter transitório; ainda que a norma não fixe prazo para a reavaliação, não mais se justificará no momento em que naturalmente o número de candidatas mulheres for igual ou superior ao dos homens. Esta medida também visa a reparar um passado de negativa aos direitos civis e políticos das mulheres, bem como a exclusão destas das decisões políticas, e cujo direito ao voto foi reconhecido tardiamente. Aliás, a participação das mulheres nas decisões políticas é o principal objetivo da ação afirmativa na Europa, já que, com a participação destas nos órgãos públicos, outras medidas podem ser adotadas, sobretudo no tocante à formação profissional das mulheres e a divisão das responsabilidades familiares para que se propicie a igualdade entre os gêneros.

A Lei nº 10.683/2003 criou a Secretaria de Políticas para as Mulheres cujas atribuições incluem promover o acompanhamento da implementação de legislação de ação afirmativa e assessorar direta e imediatamente o Presidente da República na formulação, coordenação e articulação de política para as mulheres. A Secretaria lançou a campanha chamada “Mais Mulheres no Poder: eu assumo este compromisso” com o objetivo de ampliar a participação das mulheres nos espaços de poder e de decisão, autonomia econômica e igualdade no mundo do trabalho, educação para a igualdade e eliminação de preconceitos, enfrentamento da violência contra as mulheres, saúde das mulheres, direitos sexuais e direitos reprodutivos, desenvolvimento sustentável no meio rural, na cidade, na floresta com garantia de justiça ambiental, soberania e segurança alimentar, direito à terra, moradia digna e infraestrutura social nos meios rural e urbano, considerando as comunidades tradicionais, cultura e mídia não

discriminatória e enfrentamento das desigualdades geracionais que atingem as mulheres, com especial atenção às jovens e idosas¹⁷⁵.

Cumpre salientar que a constitucionalidade da norma está na previsão de candidaturas de mulheres e não na reserva de postos políticos, ou seja, a lei incentiva a opção dos eleitores pelo maior número de mulheres candidatas e não obriga a eleição de mulheres por cotas em cargos públicos deixando a cargo do eleitor a escolha dos titulares dos cargos políticos pelo voto, dentro de um critério objetivo e democrático.

¹⁷⁵ Disponível em: www.sepm.gov.br. Acesso em outubro 2012.

4 MEDIDAS ESPECIAIS DE PROTEÇÃO À IDADE AVANÇADA

A Lei nº 10.741/2003 que dispõe sobre o Estatuto do Idoso é destinada a regular direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta anos). O art. 3º desta Lei institui como obrigação da família, comunidade, da sociedade e do Poder Público “absoluta prioridade” para o idoso. O parágrafo único define as garantias compreendidas na referida prioridade, dentre estas o “atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população. No que concerne ao acesso à Justiça, no artigo 71, a lei assegura “prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância.” A Lei nº 11.765/2008 incluiu o item IX no art. 3º da Lei nº 10.741/2003 estabelecendo a prioridade dos idosos no recebimento da restituição do imposto de renda.

As medidas especiais de proteção ao idoso que estabelecem prioridades em razão da idade avançada não podem ser precisamente consideradas como ação afirmativa, pois são fundamentadas nas características biológicas próprias do envelhecimento e não em discriminação histórica e nem requerem qualquer transitoriedade quanto à duração da vigência para corrigir desequilíbrios. A escolha da idade, 60 anos, para o enquadramento na categoria, não obstante suscite algumas divergências por ser mais baixa do que deveria ser, foi um critério estabelecido na lei e, de certa forma, tem sido aceita pela sociedade por abranger a todos indistintamente.

CAPÍTULO VI MEDIDAS ESPECIAIS DE PROTEÇÃO E AÇÃO AFIRMATIVA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL

O Título I Constituição Brasileira de 1988 fixa os “princípios fundamentais” da nação brasileira dentre estes inclui no art. 1º, IV – “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. O título II trata dos direitos e garantias fundamentais e dispõe no capítulo II sobre os direitos sociais, definidos no art. 6º como: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”, logo, o direito ao trabalho está garantido dentre os direitos e garantias fundamentais.

O art. 7º traz um elenco de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais dentre os quais os parâmetros para a intervenção estatal, tanto no tocante à legislação infra-constitucional como em relação às Políticas Públicas voltadas à garantia do direito ao trabalho digno como instrumento da busca à igualdade material.

1 NORMAS INTERNACIONAIS E CONSTITUCIONAIS

O Brasil ratificou a Convenção nº 100/1951 da OIT que prevê a igualdade de remuneração para a mão de obra masculina e feminina para trabalho de igual valor, pelo Decreto Legislativo n. 41.721 de 25/04/1957, bem como a nº 111 de 1958, sobre "Discriminação no Emprego e Ocupação" pelo DL nº 62.150 de 1965¹⁷⁶ e incorporou o conteúdo destas convenções à sua ordem jurídica constitucional e legal. As normas constitucionais brasileiras são compatíveis com as normas internacionais de respeito aos direitos fundamentais, especificamente no que concerne ao direito a não discriminação nas relações de trabalho e à garantia de igualdade de acesso às oportunidades de educação e trabalho.

A Declaração Sócio Laboral do Mercosul de 10/12/1998, em seu artigo primeiro trata do princípio da não discriminação e igualdade efetiva de direitos, tratamento e oportunidades no emprego e ocupação, sem distinção ou exclusão por motivo de raça, origem

¹⁷⁶ www.oitbrasil.org.br/convention consultado em 10/11/2012.

nacional, cor, sexo ou orientação sexual, idade, credo, opinião política ou qualquer outra condição social e familiar, comprometendo-se os Estados Partes a realizar ações destinadas a eliminar a discriminação no que tange aos grupos em situação desvantajosa no mercado de trabalho.

Dentro do campo específico de relações de trabalho, no Brasil, desde 1934 os textos constitucionais proíbem a diferença de salário por motivo de sexo. A carta de 1937 omitiu a proibição, retornando em 1946. A Constituição de 1988 é expressa em seu art. 7º XXX ao proibir a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor, estado civil e portadores de deficiência. Neste artigo a constituição é contundente quanto à vedação de qualquer critério de admissão com base em cor, não havendo qualquer norma de exceção nem para ação afirmativa de cotas para contratação de negros e nem tampouco de mulheres, já que o art. 7º XX prevê incentivos específicos, mas não a reserva de vagas para mulheres. A única exceção feita pela norma constitucional se refere à reserva de vagas para as pessoas com deficiência nos cargos públicos; e como não proíbe utilização do critério deficiência como critério de admissão no setor privado, aceita a fixação de cotas exclusivamente para este grupo.

Os princípios de sentido aberto, como o da igualdade material, não podem justificar o descumprimento da norma constitucional que proíbe a utilização de gênero ou cor como critério de admissão. A igualdade material deve ser alcançada por políticas públicas de incentivo, qualificação profissional, políticas de compartilhamento das responsabilidades familiares ou outras medidas de ação afirmativa, mas, jamais a fixação de cotas de admissão em desrespeito à constituição federal quanto à proibição do art. 7º XXX, nem mesmo para favorecer os que se consideram em desvantagem. A discriminação positiva possui como reverso a discriminação negativa daqueles que não integram o grupo de beneficiários e, para ser lícita, deve ser expressamente autorizada pela Constituição Federal.

O art. 37º inciso VIII da Constituição Federal estabelece ação positiva em favor dos deficientes, determinando que a lei reserve para estes, percentuais de cargos e de empregos públicos e defina os critérios de admissão. A Lei nº 8.112/90 em seu art. 5º parágrafo 2º assegura às pessoas portadoras de deficiência o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargos cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras, com reserva de 20% das vagas para tais pessoas. O Decreto 3.298/99 de aplicação

cogente na esfera federal veda à autoridade competente obstar a inscrição de pessoa portadora de deficiência em concurso público (art. 40).

O inciso XX do art. 7º prevê "proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei". A própria Constituição dispõe de normas especiais de proteção ao trabalho da mulher ao garantir a licença gestante de 120 dias sem prejuízo de emprego e salário (art. 7º XVIII) e a licença paternidade (art. 7º XIX). Nos Atos das Disposições Transitórias, o art. 10º, II, b da CF/88 veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. O parágrafo segundo estabelece cinco dias de licença paternidade até que a Lei regulamente. As leis infraconstitucionais dispõem sobre normas especiais de proteção ao mercado de trabalho da mulher, como será visto a seguir.

A Constituição Federal contém norma limitativa com relação à criança e ao adolescente proibindo o trabalho noturno, perigoso ou insalubre ao menor de 18 anos e qualquer trabalho ao menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos art.7º XXXIII. No que concerne à idade, a proibição de discriminar se dirige à idade avançada, pois a própria Constituição Federal (art.7º XXIII) traçou o limite quanto aos menores de 16 anos, exceto por contrato de aprendizagem a partir dos 14 anos. Esta limitação tem fundamento no art. 227, II e III da CF/88 que prevê que é dever da família, da sociedade e do Estado colocar a criança e o adolescente a salvo de discriminação e também garante ao trabalhador adolescente os direitos previdenciários e trabalhistas e o acesso à escola. Saliente-se que a Lei 9.029/95, que proibiu a discriminação quanto à idade, fez a ressalva quanto ao menor permitindo o ingresso deste ao mercado de trabalho por contrato de aprendizagem, conforme a Lei n. 10.097/01.

2 CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO – CLT

A Consolidação das Leis do Trabalho do Brasil traz em seu art. 5º norma garantidora da isonomia salarial para trabalho de igual valor sem distinção de sexo, o que é reiterado no art. 76º da mesma Consolidação quanto ao salário mínimo. No tocante à isonomia salarial, o art. 461º é mais abrangente quando estabelece que para "idêntica função a todo trabalho de igual valor prestado ao mesmo empregador na mesma localidade, corresponderá igual salário sem

distinção de sexo, nacionalidade ou idade", estando em consonância com a Convenção nº 100 da OIT.

O trabalho da mulher no Brasil era regulado de forma restritiva sob o manto da proteção, o que limitava as oportunidades de trabalho para as mulheres. As Leis n. 7.855/89 e 10.244/2001 revogaram os artigos da CLT que proibiam o trabalho da mulher em horas extras, atividades noturnas, insalubres e perigosas e em serviço que demandassem força muscular. Esta política protetora que outrora poderia impedir a exploração do trabalho da mulher foi considerada restritiva quanto às oportunidades de acesso da mulher ao mercado de trabalho. Seguindo tendência internacional, inclusive das normas da OIT, foram mantidas apenas as proibições fundamentadas em dados científicos quanto às diferenças biológicas entre o homem e a mulher, como por exemplo, a força física e a gestação.

Com o advento da Lei n. 9.799/99 vários dispositivos da CLT foram alterados igualando o trabalho feminino ao masculino, exceto quanto à proteção especial voltada à maternidade. Dentre estas alterações se destaca o art. 373-A, que, embora inserido no capítulo III sobre a proteção do trabalho da mulher, traz várias disposições sobre a política antidiscriminatória e a expressa permissão de ações positivas nas relações de trabalho no Brasil. A proibição do art. 373-A alcança o tipo penal já definido pela Lei n. 9.029/95 quanto à exigência de atestado ou exame para comprovação de esterilidade ou gravidez para admissão ou permanência no emprego, sendo esta uma das medidas de proteção do mercado de trabalho da mulher enunciada no art. 7º XX da Constituição Federal. Os incisos I e II do art. 373-A da CLT vedam a publicação de anúncio de emprego, admissão, promoção, remuneração formação profissional ou dispensa motivada por referência ao sexo, idade, cor ou situação familiar. O inciso V do referido dispositivo se refere à discriminação indireta quando veda o impedimento de acesso e a adoção de critérios subjetivos para o deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas por sexo, idade, cor ou situação familiar.

O inciso I do artigo 373-A da CLT prevê como justificativa para a discriminação na contratação de trabalhadores a natureza da atividade a ser exercida. Nesta exceção se enquadra a necessária qualificação ocupacional para o desempenho de determinadas atividades em conformidade com a Convenção n. 111 da OIT, que já previa ressalva quanto à proibição de discriminação, nos casos de distinções, exclusões ou preferências baseadas nas qualificações exigidas para um emprego determinado; as que se possam justificar em função da segurança do Estado; e finalmente as que tenham o caráter de medidas de proteção ou assistência especial

reconhecido como necessário por motivos como sexo, invalidez, os encargos de família ou nível social ou cultural (art. 1º, 2º, 4º e art. 5º, 2º, da Convenção Nº 111 de 1958).

Por “necessária qualificação ocupacional” se entende uma qualificação razoavelmente necessária para a normal operação de um negócio com características particulares. Como um exemplo da exclusão da proibição legal, a exigência de determinado tipo de religião para a contratação de professores, nas escolas religiosas. Convém notar que a defesa calcada na necessária qualificação ocupacional também traz grande parcela de subjetividade ou discricionariedade. Indaga-se, por exemplo, qual o tipo de trabalho que exige qualificação necessária ligada ao gênero, homem ou mulher. Até que ponto isto significa necessária qualificação ocupacional ou reafirmação de tradicionais estereótipos segundo os quais a mulher é mais frágil e deve ser protegida e, pelo que, não deve se expor em determinadas atividades. Questiona-se a quem cabe esta decisão, se ao legislador ou à própria mulher.

O art. 373-A da CLT ¹⁷⁷, ao proibir a discriminação nas relações de trabalho, cria expressamente o permissivo legal para as ações afirmativas quando ressalva “as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas”. O parágrafo único do mesmo artigo reafirma a permissão de ações positivas, especificamente com relação às mulheres, quando prevê que a proibição genérica não obsta à adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher. Ainda com esta ressalva, não há autorização legal para cotas de admissão para mulheres; como já dito aqui, estas estão expressamente proibidas pelo art. 7º XXXI da Constituição Federal.

Não obstante a proibição de discriminação, tanto o sistema jurídico brasileiro como o sistema jurídico de Portugal permitem a diferença de tratamento em algumas situações especiais. Como nos ensina o Professor Estevão Mallet

É interessante, no particular, voltar a atenção para o Código do Trabalho de Portugal, já antes mencionado. O legislador português tratou com bastante acerto do assunto, porque foi muito mais abrangente do que a limitada regra do art. 373-A da CLT. Preceitua o art. 23, nº 1, do Código do Trabalho de Portugal, que trata da proibição da discriminação: “O empregador não pode praticar qualquer discriminação, direta ou indireta, baseada nomeadamente na ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar,

¹⁷⁷ Art. 373 A da CLT.

patrimônio genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crônica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical”. Embora o rol seja bastante amplo, não perde o seu caráter exemplificativo, realçado pela doutrina. O legislador apenas procurou, com a menção a grande número de situações, dar máxima abrangência ao enunciado, tudo para mostrar que qualquer forma de diferenciação desarrazoada ou discriminação está afastada do ponto de vista legal.

Mas – daí a importância da referência ao dispositivo do Código do Trabalho de Portugal – proibição de discriminação não é sinônimo de proibição de diferenciação. Certas diferenças precisam ser estabelecidas. E o legislador português tinha isso em mente quando, logo na alínea 2, do mesmo art. 23, dispôs: “Não constitui discriminação o comportamento baseado num dos fatores indicados no número anterior, sempre que, em virtude da natureza das atividades profissionais em causa ou do contexto de sua execução, esse fator constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da atividade profissional, devendo o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional”¹⁷⁸.

Assim é que a legislação portuguesa deixa claro que existem exceções quando se constata a necessidade da diferença de tratamento em razão de diferentes circunstâncias.

Os artigos 428 a 433 da CLT estabelecem medidas especiais de proteção e formação técnico-profissional para os adolescentes e jovens entre 14 e 24 anos, por contrato de aprendizado com duração de dois anos registrado em carteira de trabalho, matrícula escolar e jornada máxima de 6 horas até a conclusão do ensino médio. O artigo 429 da CLT contém norma especial de proteção ao contrato de aprendizagem estabelecendo percentual de 5% a 15% para a contratação de aprendizes.

Art. 429. Os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional.

As normas acima configuram medidas especiais de incentivo para a qualificação e iniciação profissional dos jovens e adolescentes, estando estas normas em consonância com as normas constitucionais que proíbem o trabalho do menor, exceto em condição de aprendizagem. O percentual fixado na norma não configura cota com efeito exclusivo e se aplica a todo e qualquer jovem e adolescente, independentemente de cor, raça ou condição social não havendo qualquer quebra das normas antidiscriminatórias.

¹⁷⁸ MALLET, Estêvão. Artigo: Igualdade, discriminação e direito do trabalho. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, 2010 v. 76, p. 36.

3 LEI Nº 9.029/95 – PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS

A Lei n. 9.029 de 1995 possui um papel muito importante em matéria de discriminação no Brasil. O artigo primeiro proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego ou sua manutenção por motivo de sexo, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvando expressamente a situação do menor. O seu artigo primeiro ampliou o rol de características, potencialmente discrimináveis, previsto na Constituição Federal, incluindo a situação familiar em consonância com a Recomendação 165 de 1981 da OIT sobre Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Homens e Mulheres Trabalhadores com Encargos de Família.

Além de regras com conteúdo trabalhista, a lei contém penas restritivas da liberdade e de exercício de direitos financeiros para o exercício de atividade econômica ao estabelecer, no art. 2º, alguns tipos penais, caracterizando como crimes a exigência de qualquer procedimento relativo à esterilização ou estado de gravidez e práticas induzidas pelo empregador no tocante à indução à esterilização genética ou promoção de controle da natalidade. A pena prevista é detenção de um a dois anos e multa, além da proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais. Este artigo adota medida especial de proteção ao mercado de trabalho da mulher, além de inovar quanto ao remédio jurídico de restrição a exercício de direitos financeiros.

Quanto ao sujeito ativo dos crimes tipificados, a mesma lei atribui legitimidade ao empregador ou seu representante legal e dirigente direto ou por delegação de órgãos públicos. Em casos de rescisão contratual por ato discriminatório, além da reparação por dano moral, a lei faculta ao empregado optar entre: I-“readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescida de juros legais;” II – “a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigidas monetariamente, acrescida de juros legais”. Inova mais uma vez a legislação ao facultar ao empregado a escolha entre dois remédios jurídicos.

4 DECRETO Nº 4.228/2002 AÇÕES AFIRMATIVAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

Este decreto institui, no âmbito da administração pública federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas sob a coordenação da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça. Os grupos beneficiários deste programa são os afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência. Na expressão afrodescendentes parece estar o critério de ascendência e não a declaração por fenótipo, critério utilizado em outras políticas públicas, como, por exemplo, o Estatuto da Igualdade Racial (Lei n.º 12.288/2010).

O programa estabelece política pública de ação afirmativa em quatro campos. O primeiro é quanto ao preenchimento dos cargos em comissão do DAS Grupo-Direção e Assessoramento Superiores. O segundo é a inclusão de cláusulas de adesão ao Programa nos termos de transferências negociadas de recursos celebrados pela Administração Pública. O terceiro é incluir nas licitações promovidas por órgãos da Administração Pública Federal o critério adicional de pontuação, a ser utilizado para beneficiar fornecedores que comprovem a adoção de políticas compatíveis com os objetivos do Programa. O referido Decreto prevê também a inclusão, nas contratações de empresas prestadoras de serviços, bem como de técnicos e consultores no âmbito de projetos desenvolvidos em parceria com organismos internacionais, contando com dispositivo estabelecendo metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência.

O Decreto se utiliza do sistema de metas percentuais para a participação dos beneficiários dos cargos em comissão e como cláusula de contratação de prestadores de serviços, não se utilizando do sistema de cotas. Elege também incentivo de adesão das empresas privadas ao Programa ao atribuir pontuação adicional em licitação aos fornecedores que aderirem ao programa bem como nos termos de transferências negociadas de recursos. O artigo

3º¹⁷⁹ do Decreto cria o Comitê de Avaliação e Acompanhamento do Programa e define as atribuições. O art. 4º define composição do Comitê.

A Medida Provisória nº 111, de 21 de março de 2003, convertida na Lei 10.678 criou a Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República Formulação, com a finalidade, dentre outras, de “coordenação e avaliação das políticas públicas afirmativas de promoção da igualdade e da proteção dos direitos de indivíduos e grupos étnicos, com ênfase na população negra, afetados por discriminação racial e demais formas de intolerância”.¹⁸⁰

5 LEI Nº 12.288/2010 – ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL

O capítulo V da Lei nº 12.288/2010 foi dedicado ao trabalho. O art. 38 trata da responsabilidade do poder público pelas políticas voltadas à inclusão da população negra no mercado de trabalho, invocando o conteúdo do estatuto e os compromissos assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção Internacional da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção nº 111 da OIT.

O art. 39 se refere a ações de igualdade de oportunidades no mercado de trabalho:

¹⁷⁹ Art. 3º Fica constituído o Comitê de Avaliação e Acompanhamento do Programa Nacional de Ações Afirmativas, com a finalidade de:

I - propor a adoção de medidas administrativas e de gestão estratégica destinadas a implementar o Programa;

II - apoiar e incentivar ações com vistas à execução do Programa;

III - propor diretrizes e procedimentos administrativos com vistas a garantir a adequada implementação do Programa, sua incorporação aos regimentos internos dos órgãos integrantes da estrutura organizacional da Administração Pública Federal e a consequente realização das metas estabelecidas no inciso I do art. 2º;

IV - articular, com parceiros do Governo Federal, a formulação de propostas que promovam a implementação de políticas de ação afirmativa;

V - estimular o desenvolvimento de ações de capacitação com foco nas medidas de promoção da igualdade de oportunidades e de acesso à cidadania;

VI - promover a sensibilização dos servidores públicos para a necessidade de proteger os direitos humanos e eliminar as desigualdades de gênero, raça e as que se vinculam às pessoas portadoras de deficiência;

VII - articular ações e parcerias com empreendedores sociais e representantes dos movimentos de afrodescendentes, de mulheres e de pessoas portadoras de deficiência;

VIII - sistematizar e avaliar os resultados alcançados pelo Programa e disponibilizá-los por intermédio dos meios de comunicação; e

IX - promover, no âmbito interno, os instrumentos internacionais de que o Brasil seja parte sobre o combate à discriminação e a promoção da igualdade.

Parágrafo único. O Comitê de Avaliação e Acompanhamento do Programa Nacional de Ações Afirmativas apresentará, no prazo de sessenta dias, propostas de ações e metas a serem implementadas pelos órgãos da Administração Pública Federal.

¹⁸⁰ Disponível em: www.seppir.gov.br. Acesso em outubro 2012.

O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas.

O § 1º se refere a políticas e programas de formação profissional, de emprego e geração de rendas voltadas especificamente à população negra. O parágrafo terceiro permite o estímulo, por meios de incentivos, pelo poder público para adoção das mesmas políticas pelo setor privado, sempre assegurando o princípio da proporcionalidade de gênero entre os beneficiários.

A previsão de ação afirmativa para inclusão dos negros nos mais altos postos de trabalho está no artigo 42 ao dispor: “O Poder Executivo federal poderá implementar critérios para provimento de cargos em comissão e funções de confiança destinados a ampliar a participação de negros, buscando reproduzir a estrutura da distribuição étnica nacional ou, quando for o caso, estadual, observados os dados demográficos oficiais”. Neste sentido, O Programa Nacional de Ações Afirmativas instituído pelo Decreto Presidencial 4.228/2002 prevê a inclusão e o desenvolvimento de ações afirmativas para acessar negros no serviço público federal.

O Estatuto da Igualdade Racial autoriza a adoção de medidas de ação afirmativa para a inclusão dos negros no mercado de trabalho por meio de políticas públicas de qualificação profissional, emprego e geração de renda; contudo, não autoriza a previsão de cotas para concurso público e nem tampouco para admissão em empresa privada, mesmo porque, se o fizesse, seria inconstitucional, diante da inexistência de permissivo legal para adoção de medidas de discriminação positiva em favor dos negros, pelo contrario a Constituição é expressa ao proibir o aspecto racial como critério de admissão. No capítulo da efetividade da igualdade serão abordadas outras formas de medidas de ação afirmativa, diferentemente de cotas que não afrontam a previsão legal de não discriminação em critérios de admissão.

6 PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O trabalho da pessoa com deficiência é um dos pilares centrais para a garantia de todos os demais direitos. Além de inserir o trabalhador deficiente na comunidade, o trabalho proporciona a independência financeira e, a partir dessa,

se constroem todas as derivações inerentes à cidadania e que dizem respeito à afirmação da pessoa enquanto cidadã produtiva, capaz de se manter, constituir família, manifestando, destarte, sua efetividade e perfeita inclusão social. A ruptura com o viés caritativo, paternal, que sempre permeou, há milênios, a relação das pessoas com deficiência começa com seu trabalho independente, o qual reafirma suas capacidades, as quais colocam as deficiências físicas, mentais ou sensoriais no plano dos atributos humanos ínsitos a cada pessoa. Tais deficiências, que sempre foram fator de estigmatização, de exclusão social, passam a um segundo plano, visto que a pessoa que trabalha é respeitada como igual. Trata-se, assim, do mais eficiente mecanismo de libertação e inclusão social

¹⁸¹

A Convenção 159 de 1983, da Organização Internacional do Trabalho sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes, foi ratificada pelo Brasil em 18/05/1990. Em seu artigo primeiro, item 1, define pessoa deficiente como “todas as pessoas cuja possibilidade de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada”. No item 2 define a finalidade da reabilitação profissional como “permitir que a pessoa deficiente obtenha e conserve um emprego e progrida no mesmo, e que se promova assim, a integração ou a reintegração dessa pessoa na sociedade.”

Os artigos 2º, 3º e 4º da Convenção tratam da política nacional sobre reabilitação profissional e emprego, para pessoas com deficiência. O art. 3º trata da finalidade da política pública de “assegurar que existam medidas adequadas de reabilitação profissional ao alcance de todas as categorias de pessoas deficientes e promover oportunidades de emprego para as pessoas deficientes no mercado regular de trabalho”. Dispõe o art. 4º:

Essa política deverá ter como base o princípio de igualdade de oportunidades entre os trabalhadores deficientes e os trabalhadores em geral. Dever-se-á, portanto, respeitar a igualdade de oportunidades e de tratamento para as trabalhadoras deficientes. As medidas positivas especiais com a finalidade de atingir a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento entre os trabalhadores deficientes e os demais trabalhadores, não devem ser vistas como discriminatórias em relação a estes últimos.

¹⁸¹ FONSECA, ob. cit. p. 249.

Em tais dispositivos a Convenção já prevê a possibilidade de se adotarem as medidas positivas ou de ação afirmativa para promover a igualdade efetiva de oportunidades e tratamento; contudo, estas medidas só podem ser eficazes se os Estados tiverem uma política efetiva de reabilitação profissional e qualificação dos beneficiários para adentrarem ao mercado de trabalho.

Neste sentido, a Recomendação 168 da OIT editada em 1983 que incorpora conceitos da Recomendação 99 de 1955. No tocante às ações positivas em benefício dos deficientes físicos, a exclusão do conceito de discriminação é expressa no item 9, ao dispor que as medidas positivas especiais destinadas a lograr a igualdade efetiva de oportunidades e tratamento entre os trabalhadores deficientes e os demais trabalhadores não são consideradas discriminatórias em relação aos últimos. Interessante é o rol de medidas especiais exemplificativas previstas na Recomendação, incluindo incentivos econômicos para a formação e emprego para deficientes; fomento de cooperação, ajuda no desenvolvimento de cooperativas e criação de pequenas empresas, eliminação de barreiras e obstáculos de ordem física e arquitetônica em instalações públicas e empresariais, fomento de meios de transporte adequado, fomento e difusão de informação sobre exemplo de casos efetivos de integração e êxito de deficientes físicos em empregos, isenção de impostos sobre artigos, materiais e equipamentos para centros de readaptação para os empregadores e estabelecimento de empregos a tempo parcial de acordo com a capacidade do deficiente.

A União Europeia também dedica atenção especial à formação profissional e inclusão da pessoa com deficiência, “preconiza a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores de 09 de dezembro de 1989, que reza que “todas as pessoas com deficiência, seja qual for a origem e a natureza da sua deficiência, devem poder beneficiar-se de medidas adicionais concretas tendentes a favorecer a sua integração profissional e social”¹⁸².

Em 1999, expediram-se diretrizes que determinaram que os Estados-Membros prestassem atenção especial às necessidades das pessoas com deficiência desenvolvendo, notadamente, “formas adequadas de políticas preventivas e ativas que fomentem a sua inserção no mercado de trabalho”. Em fevereiro de 1999 realizou-se em Dresden uma Conferência sobre a política europeia para emprego das pessoas com deficiência; desta Conferência resultou o

¹⁸² FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. O Trabalho da Pessoa com Deficiência: Lapidação dos Direitos Humanos, São Paulo,, LTr, 2006, p.84-85.

reconhecimento por parte do Conselho Europeu pela conveniência de estimular esforços dos Estados Membros conforme as seguintes estratégias:

a) promover mais oportunidades de emprego para pessoas com deficiência e desenvolver abordagens positivas e preventivas adequadas às suas políticas nacionais em colaboração com os parceiros sociais e com organizações não governamentais; b) explorar plenamente todas as possibilidades atuais e futuras, dos fundos estruturais, designadamente do Fundo Social europeu, bem como explorar iniciativas comunitárias relevantes; c) prestar atenção especial às possibilidades oferecidas pelo desenvolvimento da sociedade de informação em termos de novas oportunidades de emprego ¹⁸³.

A Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência – Convenção de Guatemala de 1999, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto 3.956/2001, estabelece que se considera deficiência “uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social”. A mesma Convenção excepciona do conceito de discriminação a diferenciação ou preferência das pessoas com deficiência, ao dispor: “não constitui discriminação e diferenciação ou preferência, adotada pelo Estado-Parte para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal dos portadores de deficiência, desde que a diferenciação ou preferência não limite em si mesma o direito à igualdade dessas pessoas e que elas não sejam obrigadas a aceitar tal diferenciação ou preferência.” ¹⁸⁴

A Declaração Sócio Laboral do Mercosul de 10.12.1998, em seu artigo 2º, trata da garantia da igualdade de direitos das pessoas com deficiência para que sejam tratadas de forma digna e não discriminatória, favorecendo a inserção social e no mercado de trabalho através de medidas efetivas, especialmente no que se refere à educação, formação, readaptação, e orientação profissional bem como adequação dos ambientes de trabalho a fim de que possam desempenhar atividade produtiva.

A Convenção da ONU sobre os direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo Brasil, promulgada pelo Senado Federal em 09 de julho de 2008 com *status* de Emenda Constitucional, conta com um artigo dedicado ao trabalho e emprego. O artigo 1º define pessoas com deficiência: “são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva em igualdade de condições com as demais pessoas”. O artigo

¹⁸³ FONSECA, ob. Cit. p. 85-86.

¹⁸⁴ FONSECA, ob. Cit. p. 87/88.

3º traz os princípios que sustentam a Convenção, dentre eles o da “não-discriminação” e o da igualdade de oportunidades. O Decreto nº 6.949/2009 promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinado em Nova York, em 30/03/2007.

O artigo 27º dedicado ao trabalho e emprego dirige aos Estados comando no sentido de salvaguardar e promover a realização do direito ao trabalho, até mesmo daqueles que tiverem adquirido a deficiência no emprego, com o fim de proibir a discriminação, proteger os direitos em igualdade de condições, também em iguais oportunidades e igual remuneração por trabalho de igual valor, empregar pessoas com deficiência no setor público; e ainda promover o emprego de pessoas com deficiência no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas, que poderão incluir programas de ação afirmativa, incentivos e outras medidas.

Nas sábias palavras de Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, a Convenção da ONU mudou o enfoque político das políticas e normas sobre pessoas com deficiência,

abandonando-se, definitivamente, o tom piegas e assistencialista que sempre norteou as legislações voltadas ao assunto, cuja consequência direta resultava em ausência de políticas públicas ou, em políticas meramente assistencialistas, que, conforme se constata do próprio preâmbulo da Convenção da ONU, acarretavam a verdadeira morte civil das pessoas com deficiência.¹⁸⁵

6.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Além das normas gerais de proteção e garantia aos direitos de cidadania, à dignidade humana e à pluralidade, a Constituição Federal conta com vários artigos nos quais faz referência expressa às pessoas portadoras de deficiência. O artigo 203 preconiza que “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária”. A referida habilitação para integração à vida comunitária pode ser lida até mesmo como habilitação profissional.

O art. 7º, inciso XXXI inclui entre os direitos dos trabalhadores a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;” reservando item específico para proibir este tipo de discriminação. O art. 227

¹⁸⁵ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional da pessoa com deficiência: um ato de coragem. In FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19-31.

direciona as políticas públicas do Estado em favor dos adolescentes e jovens portadores de deficiência. O § 1º dispõe que: “O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos”: II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

O artigo 40º, ao vedar adoção de critérios diferenciados para a concessão da aposentadoria para servidores públicos, ressalva os portadores de deficiência no § 4º “É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: I portadores de deficiência”.

O artigo mais importante para o tema é o art. 37º que dispõe:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: VIII – a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

O art. 37º e seguintes do Decreto 3.298/99 regulamentam a participação dos deficientes físicos em concurso público para cargos compatíveis com a deficiência, especificando a reserva de percentual mínimo de 5% das vagas a aqueles. O art. 38º exclui os cargos em comissão ou função de confiança de livre nomeação e exoneração e cargo e emprego público integrante de carreira que exija aptidão plena do candidato. O art. 39º IV prevê a necessidade de apresentação, no ato da inscrição, de laudo médico atestando a espécie, grau e nível de deficiência e o art. 43º trata da necessidade de equipe multiprofissional de apoio durante a realização do concurso e avaliação dos aprovados durante o estágio probatório.

6.2 LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Para efeito de aplicação do comando constitucional nas esferas federal, estadual e municipal, devem-se analisar as respectivas leis; contudo, o início da controvérsia se dá ao definir e enquadrar quem pode ser considerado “pessoa portadora de deficiência”. No Brasil, o

Decreto nº 3.298/99 que regulamenta a Lei nº 7.853/89, dispõe sobre a política nacional para a integração de pessoa portadora de deficiência em seu artigo 3º faz distinção entre deficiência, deficiência permanente e incapacidade como:

I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano; II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

O artigo 4º do mesmo decreto faz mais especificações e classifica os tipos de deficiência.

Art. 4º : É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias: I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplicia, tri paresia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz; III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e h) trabalho; V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

Estes conceitos ainda trazem várias dificuldades de interpretação e aplicação, dados os diversos tipos de deficiência e diversos graus de intensidade. Pela leitura das definições se interpreta que as pessoas com visão monocular não são consideradas como deficientes, mas assim não entendeu o Supremo Tribunal Federal em mandado de segurança questionando se a visão monocular caracteriza o candidato como deficiente físico para efeito de concorrer às

vagas reservadas. No recurso interposto no mandado de segurança RMS 26.071, o Supremo Tribunal Federal concedeu provimento ao recurso do candidato entendendo que

a visão monocular é deficiência que impede a comparação entre os dois olhos para saber-se qual deles é o *melhor*, que a visão univalente é comprometedora das noções de profundidade e distância implica limitação superior à deficiência parcial que afete os dois olhos; e que a reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988. (Min. Ayres Britto, julgamento em 13/11/2007, 1ª Turma).

A Lei nº 7.853/89, que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, institui o Corde – Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência direciona a formulação de políticas públicas de garantia dos direitos das pessoas com deficiência e, reitera a política de ação afirmativa em favor destes, incluindo o setor privado. Dispõe o art. 2º

Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

d) a adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública e do setor privado, e que regule a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho, e a situação, nelas, das pessoas portadoras de deficiência.

Muito interessante observar que, no campo legislativo, todas as normas de garantia de emprego estão acompanhadas pelas normas de qualificação profissional por parte do Estado.

O decreto nº 3.298/99 que regulamenta a Lei nº 7.853/89 dispõe na seção IV sobre o Acesso ao Trabalho, o artigo 34 trata da inserção da pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho ou sua incorporação ao sistema produtivo mediante regime especial de trabalho protegido. O artigo 36 repete o disposto no art. 93 da Lei nº 8.213/91 quanto ao percentual de cargos destinado a beneficiários reabilitados ou com pessoa portadora de deficiência habilitada, e, conceitua pessoa habilitada como:

§ 2º Considera-se pessoa portadora de deficiência habilitada aquela que concluiu curso de educação profissional de nível básico, técnico ou tecnológico, ou curso superior, com certificação ou diplomação expedida por instituição pública ou privada, legalmente credenciada pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente, ou aquela com certificado de conclusão de processo de habilitação ou

reabilitação profissional fornecido pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. § 3º Considera-se, também, pessoa portadora de deficiência habilitada aquela que, não tendo se submetido a processo de habilitação ou reabilitação, esteja capacitada para o exercício da função.

A avaliação da política de inserção está prevista no § 5º, que trata da sistemática de fiscalização, avaliação e controle dos empregados portadores de deficiência e de vagas preenchidas.

A Lei Federal 8.112/90 em seu art. 5º § 2º dispõe: “Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso”. O Decreto 3.298/99 regulamenta a forma de realização do concurso e veda à autoridade competente obstar a inscrição para ingresso em carreira da Administração Pública Federal direta e indireta. O mesmo Decreto prevê que equipe multiprofissional deve criar condições para o candidato com deficiência realizar a prova e, se aprovado, desempenhar a função escolhida no estágio probatório para que seja avaliado em igualdade de condições com os demais.

Nos editais de concurso deve conter reserva de vagas para pessoas com deficiência, não admitindo, a jurisprudência¹⁸⁶, o julgamento prévio da compatibilidade do exercício da função com a deficiência; a análise da compatibilidade deve ser em concreto após a inscrição do candidato, para efeito de deferimento desta e durante o estágio probatório, conforme avaliação de equipe multiprofissional.

A Lei 8.666/93, denominada “Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos”, dispõe em seu art. 24º

É dispensável a licitação: XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. A hipótese de dispensabilidade de licitação por associação de portadores de deficiência física, desde que atendidas às condições da regra, significa o acolhimento, no Direito infraconstitucional, de tratamento favorecido em razão da situação peculiar de marginalização e dificuldades socioculturais com repercussões econômicas a que se sujeitam os associados da entidade descrita¹⁸⁷.

¹⁸⁶ RCL 14145 e RE 676335 do STF.

A Lei nº 10.683/2003 criou a Secretaria Especial dos Direitos Humanos ligada à Presidência da República para tratar da articulação e implementação de políticas públicas voltadas para a promoção e proteção dos direitos humanos. Integra este órgão a Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência que atua na articulação e coordenação das políticas públicas voltadas para as pessoas com deficiência. Dentre as políticas públicas, o Governo Federal lançou o plano “Viver sem Limite”, como resultado do firme compromisso político com a plena cidadania das pessoas com deficiência no Brasil. Junto à Secretaria Especial dos Direitos Humanos, atua o Conade – Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência, sendo um órgão superior de deliberação colegiada criado para acompanhar e avaliar o desenvolvimento de uma política nacional para inclusão de pessoa com deficiência.

6.3 O TRABALHO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA ÁREA PRIVADA – LEI Nº 8.213/91

As pessoas com deficiência no Brasil algumas décadas atrás eram vistas como necessitadas de prestação assistencial e, por isto, a sociedade desconhece o potencial produtivo que essas pessoas têm a oferecer¹⁸⁸. O Estado social brasileiro, guiado pela atual Constituição Federal, deve ter papel proativo no tocante à inclusão e implementação dos direitos fundamentais, mais especificamente direito ao trabalho. Não obstante o direito de seleção e contratação de empregados integre o poder de direção do empregador, a interferência legal para fixar cotas de contratação de empregados se justifica no disposto no art. 170 da Constituição Federal que estabelece os fundamentos da ordem econômica na valorização do trabalho humano e livre iniciativa com o objetivo de assegurar a todos a existência digna, conforme ditames da justiça social observado o princípio da função social da propriedade.

A Lei n. 8.213/91, que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social em sua seção VI em que dispõe sobre “os serviços” e subseção II, na qual trata da “habilitação e reabilitação profissional” em seu art. 93, obriga a empresa com 100 ou mais empregados a preencher de 2% a 5% dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas. O parágrafo primeiro condiciona a dispensa destes profissionais à contratação de substituto em condição semelhante e o parágrafo segundo determina ao

¹⁸⁷ ROCHA, Cármen Lúcia. Ação Afirmativa. O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. In: Revista Trimestral de Direito Público, nº 15, 1996.

¹⁸⁸ FONSECA, ob. cit. p. 279.

Ministério do Trabalho e da Previdência Social que gere estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados¹⁸⁹.

Não obstante não haver referência à temporariedade da medida, o referido artigo é medida especial de proteção destinada a grupo especial de pessoas reabilitadas e deficientes que sofrem preconceitos e exclusão do mercado de trabalho. O legislador dirige diretamente a contratualidade ao direcionar a vontade dos sujeitos do contrato, na medida em que elege um critério de escolha prioritária em favor das pessoas reabilitadas e com deficiência no tocante ao percentual fixado. A norma fixa percentuais de 2% a 5% para empresa com mais de 100 empregados, oferecendo a oportunidade de a sociedade produtiva conhecer o potencial das pessoas com deficiência como política diferente da política assistencial¹⁹⁰. As empresas podem se utilizar da condição de aprendizes para contratar pessoas com deficiência e enquadrá-las nas respectivas cotas, considerando também ausência de limite de idade para estes, conforme abolido pela Lei nº 11.180/2005.

O Decreto nº 3.298/99, em seu artigo 35, parágrafos 4º, 5º e 6º dispõe acerca das oficinas protegidas de produção e oficinas terapêuticas como instrumento de qualificação profissional e inclusão no mercado de trabalho. A oficina protegida de produção definida no parágrafo 4º é a “unidade que funciona em relação de dependência com entidade pública ou beneficente de assistência social, que tem por objetivo desenvolver programa de habilitação profissional para adolescente e adulto portador de deficiência, provendo-o com trabalho remunerado, com vistas à emancipação econômica e pessoal relativa”. A oficina terapêutica definida no § 5º é a unidade que funciona em relação de dependência com entidade pública ou beneficente de assistência social, que tem por objetivo a integração social por meio de atividades de adaptação e capacitação para o trabalho de adolescente e adulto que, devido ao

¹⁸⁹ Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....	2%;
II - de 201 a 500.....	3%;
III - de 501 a 1.000.....	4%;
IV - de 1.001 em diante.	5%.

§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

§ 2º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados.

¹⁹⁰FONSECA, Ricardo Tadeu Marques, O Trabalho da Pessoa com Deficiência, pp. 273/280, LTr, São Paulo, 2006

seu grau de deficiência, transitória ou permanente, não possa desempenhar atividade laboral no mercado competitivo de trabalho ou em oficina protegida de produção.

CAPÍTULO VII – INADEQUAÇÃO DO SISTEMA DE COTAS PARA O BRASIL: POR UM SISTEMA DE METAS

1 AS MEDIDAS DE AÇÃO AFIRMATIVA COMO POLÍTICA PÚBLICA NO BRASIL

A transição do Estado liberal para o Estado social supõe alteração substancial na concepção de Estado e suas finalidades. Neste quadro, o Estado existe para atender o bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social¹⁹¹. É o artigo 3º da Constituição Federal que define quais os objetivos da República Federativa do Brasil: “I- Construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades regionais e sociais”. Para o Estado atingir estes objetivos é necessário planejamento adequado com fixação de metas e definição dos programas e atividades voltadas para este fim. O conjunto de atividades do Estado, normas, ações e decisões em direção aos objetivos e fins previstos na Constituição Federal constituem as políticas públicas.

As políticas públicas devem estabelecer prioridades orçamentárias, valendo-se da reserva do possível¹⁹², para garantir o mínimo existencial aos cidadãos segundo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, no sentido do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins alcançados. Sobre o princípio da proporcionalidade,

José Joaquim Gomes Canotilho¹⁹³ propõe alguns subprincípios constitutivos: a) princípio da conformidade ou adequação de meios: “impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à realização do fim ou fins a ele subjacentes”; b) princípio da exigibilidade, também conhecido como princípio da necessidade ou da menor ingerência possível, coloca a tônica na ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível, assim exigir-se-ia a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adaptar outro meio menos oneroso para o cidadão; c) princípio da proporcionalidade em sentido restrito, “entendido como princípio da ‘justa medida’. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com objetivo de avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’

¹⁹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; SALES, Carlos Alberto. As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 109-134.

¹⁹² STF ADPF 45-9 Decisão monocrática do Ministro Celso de Mello.

¹⁹³ CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e a teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003.

para alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”.

Assim, o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado nos casos de ponderação de dois direitos fundamentais antagônicos a serem empregados concretamente.

Como já referido nos capítulos anteriores, os princípios da não discriminação e da igualdade integram a agenda dos direitos humanos da Organização das Nações Unidas. Importantes Tratados¹⁹⁴ internacionais universais e regionais enfatizam repetidamente a importância da proibição da discriminação. O Brasil ratificou os tratados internacionais que combatem a discriminação e expressa em sua Constituição os princípios da igualdade e da não discriminação como direitos fundamentais previstos em seu art. 5º. Assim, em conformidade com as normas internacionais e com os objetivos previstos na Constituição Federal, o Estado Social brasileiro deve implementar mecanismos que visem preservar e garantir a efetividade dos Direitos Fundamentais, dentre estes a igualdade, e assim o fazer por meio de suas Políticas Públicas operacionalizadas por seus diversos instrumentos, dentre os quais a legislação.

Na definição das políticas públicas, o Estado deve considerar as desvantagens decorrentes de tradições e hábitos profundamente arraigados na sociedade que afetam alguns grupos sociais. Estas desvantagens dificilmente seriam superadas sem a intervenção do Estado que deve se utilizar de meios adequados para promover a igualdade de oportunidades em vista dos resultados. O desequilíbrio de participação de determinados grupos nos níveis superiores da educação, nas decisões políticas e em determinadas profissões, dentre outras causas, pode refletir a existência de estrutura de discriminação arraigada na sociedade e em suas instituições de maneira geral, que limita as oportunidades dos membros destes determinados grupos a ocupar determinados espaços na sociedade. Diante desta realidade, fazem-se necessárias medidas que, além de estabelecerem o equilíbrio para corrigir violações históricas, sirvam à construção de uma sociedade mais igualitária.

Dentre as políticas públicas com o fim de aumentar a participação de determinados grupos em espaços sociais em que estão sub-representados, o Estado pode adotar medidas especiais, dentre estas, medidas de ação afirmativa. Estas configuram exceção às garantias da não discriminação, por isto devem ser implantadas em conformidade com as normas

¹⁹⁴ *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)*, *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)*, *International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights (ICESCR)*, *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD)* e *Convention on the elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)*

internacionais e com os princípios e regras constitucionais que regem as políticas públicas e as normas internas.

O permissivo da adoção das medidas de ação afirmativa presente nas Convenções Internacionais está na exclusão do conceito de discriminação ou de desigualdade das “medidas especiais de assistência e proteção”. Estas medidas especiais podem ser necessárias por razões biológicas ou históricas. As primeiras possuem natureza permanente e são desvinculadas de qualquer circunstância passada com repercussão no presente, são fundamentadas em estado de gestação, deficiência ou idade avançada. As segundas são de natureza temporária têm como objetivo corrigir desequilíbrios decorrentes de fatos históricos que colocaram certos grupos em desvantagem com relação aos demais, acelerando, assim, a participação destes nos espaços sociais., estas são chamadas de medidas de ação afirmativa.

Todo o conteúdo até agora descrito mostra que as medidas de ação afirmativa são compatíveis tanto com as normas internacionais ratificadas pelo Brasil, bem como com a Constituição Federal Brasileira e demais normas do sistema jurídico nacional. Contudo, afirmar a compatibilidade das medidas de ação afirmativa com o sistema jurídico brasileiro não significa concordar com que toda e qualquer ação afirmativa esteja em consonância com a Constituição Federal, ainda que estampem como fundamento a promoção da igualdade material.

Na definição de suas políticas públicas de promoção da igualdade material por meio de medidas de ação afirmativa, o Estado brasileiro deve definir suas metas e criar o seu próprio modelo, levando em conta sua história, suas peculiaridades, seus principais problemas e entraves para o desenvolvimento. Existem vários caminhos em que as medidas de ação afirmativa podem ser instituídas e um grande número de razões pelas quais elas podem ser necessárias. Por serem medidas de exceção à regra da proibição de discriminação, há necessidade de se analisar em concreto as medidas de ação afirmativa quanto aos seus fundamentos, razoabilidade, legalidade, proporcionalidade e eficácia quanto aos resultados, a adequação à realidade brasileira quanto a legitimidade dos beneficiários e os valores e interesses do grupo como um todo. Estas medidas devem ser muito bem planejadas e avaliadas para que não atuem de forma perversa gerando oportunismo, comodismo e desigualdades substanciais, daí a maestria do Estado ao adotar medidas adequadas e eficientes para alcançarem os fins previamente estabelecidos.

Na construção do modelo brasileiro de ação afirmativa, o Brasil deve escapar do mimetismo e dos argumentos descontextualizados utilizados em países com histórias, características e realidades diversas; deve, sim, analisar os modelos adotados em outros países como parâmetro para avaliação dos problemas enfrentados e da eficiência destes modelos quanto aos objetivos que almeja atingir. A compatibilidade das ações afirmativas com o sistema jurídico nacional requer a eleição de medidas que não contrariem o bom senso e nem tampouco os valores nacionais.

2 INADEQUAÇÃO DO SISTEMA DE COTAS PARA O BRASIL

Como já referido nos capítulos anteriores, os princípios da não discriminação e da igualdade diante da lei integram a agenda de direitos humanos da Organização das Nações Unidas, da OIT, da Comunidade Europeia e da Organização dos Estados Americanos. Os Tratados¹⁹⁵ Internacionais mais importantes pertinentes ao tema foram ratificados pelo Brasil, o que torna as medidas de ação afirmativa compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro. Os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos estão estampados no preâmbulo da Constituição de 1988 e dentre os objetivos do Brasil expostos no art. 3º Constituição Federal estão “reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Conclui-se, portanto que a Constituição Federal requer medidas proativas do Estado em busca de alcançar os objetivos nela traçados, sem preconceitos ou discriminação.

A igualdade material como fundamento das medidas de ação afirmativa deve ser analisada conforme suas várias concepções, seja como justiça distributiva, seja sob o aspecto da justiça inclusiva, seja sobre a igualdade de tratamento e oportunidades em vista dos resultados, esta última, tendo como pré-requisito a análise da igualdade do ponto de partida e a igualdade de possibilidades. Reconhecendo-se que alguns partem de pontos diferentes em razão da base de formação educacional, o Estado pode tanto oferecer suporte educacional para que a “largada” seja em iguais condições, por meio de treinos orientados, como oferecer vantagens para os menos preparados largarem na frente dos mais preparados e, assim, terem condições de atingir os mesmos resultados.

¹⁹⁵ *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)*, *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)*, *International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights (ICESCR)*, *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD)* e *Convention on the elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)*

A igualdade de ponto de partida considera que, a iniciar da mesma partida, caberá a cada um a busca do desenvolvimento; já a concepção da igualdade por justiça distributiva cuida da realocação de bens e se preocupa com as desigualdades ao longo do caminho, o que viabiliza a igualdade de possibilidades e resultados. As duas políticas associadas podem levar ao alcance da finalidade sem necessariamente romper com as garantias constitucionais, desde que considerados os princípios da transitoriedade e da proporcionalidade¹⁹⁶.

O texto constitucional deixa claro e expresso que a regra geral é a proibição de qualquer forma de discriminação, sendo a discriminação positiva em benefício de alguns grupos, exceção à regra da não discriminação. A ação afirmativa é a quebra da regra geral de não discriminação, para o que se faz necessária autorização legal expressa, seja da própria Constituição ou de norma por ela autorizada. Afirmar que as medidas de ação afirmativa são compatíveis com a legislação brasileira não significa dizer que todo e qualquer tipo de ação afirmativa oriunda de instituições públicas ou privadas está em consonância com o sistema jurídico brasileiro. O contrário seria permitir a violação do princípio geral da não discriminação e facultar a arbitrariedade quanto à eleição de todo e qualquer grupo segundo os valores, interesses e convicções de quem o elege. É imprescindível o controle da constitucionalidade e da legalidade dos atos jurídicos estatais e privados por meio da aplicação estrita das normas constitucionais que regem a segurança jurídica.

O modelo de cotas que vem sendo adotado no Brasil se inspira no sistema de cotas ou reserva de vagas (*set-asides*) adotado pela Índia. Este modelo, conforme referido em capítulo anterior traduz forma de discriminação positiva com previsão constitucional expressa naquele país, em benefício das *scheduled castes*, *scheduled tribes* e *backwards* para a ocupação de cargos públicos, acesso à universidade, representação no parlamento, etc. Não há qualquer previsão para sua adoção por empresas privadas.

Apesar das desigualdades sociais, a história e a cultura brasileira não permitem que o Brasil seja equiparado à Índia para efeito de copiar as medidas de ação afirmativa adotadas naquele país. A Índia, guiada pelo hinduísmo, tinha institucionalmente sua sociedade estratificada em castas, as quais, ainda que abolidas oficialmente pela Constituição, permanecem na cultura e na prática, gerando graves conflitos até os dias atuais. Historicamente, os beneficiários chamados *untouchables* eram proibidos de ter qualquer contato físico com os

¹⁹⁶ BADIN, Luiz Armando e PROL, Flávio Marques. O princípio da igualdade na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Revista do Advogado, outubro 2012, p. 135-143.

integrantes das castas, não podendo nem mesmo utilizar água da mesma fonte utilizada pelos integrantes das castas. Mesmo após a Constituição da Índia ter abolido oficialmente as castas, a discriminação e o preconceito continuam incrustados na cultura, sendo transmitidos de geração para geração. Sobre esta prática registrou-se um incidente no qual uma garota pertencente aos *untouchables* teve suas orelhas cortadas por pegar água em lugar reservado para as castas hindus. Outros crimes decorrentes de agressões aos *untouchables*, hoje chamados *scheduled castes or scheduled tribes*, foram registrados na última década pela imprensa mundial¹⁹⁷.

Quanto à eficiência, o modelo adotado pela Índia não apresentou os melhores resultados em seus mais de 60 anos de existência, registrando-se problemas como o não preenchimento das cotas nas universidades, inacessibilidade dos mais pobres, pequeno índice de conclusão entre os cotistas, aumento progressivo e volumoso do número de beneficiários, ampliação do prazo de vigência e conflitos sangrentos¹⁹⁸.

Copiando o modelo de cotas adotado na Índia, o Brasil está construindo seu programa por meio da preferência afirmativa o que significa a inclusão forçada por meio da exclusão daqueles que embora demonstrem maior capacidade quanto aos critérios objetivos, não integram os grupos de beneficiários, definidos por opção política nem sempre fundamentada em dados empíricos. Neste sentido, convém lembrar as palavras do relator especial da Subcomissão para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos da ONU em 2002. Incumbido de preparar um estudo sobre o conceito de ações afirmativas, identificou duas formas de medidas dentro do conceito, chamou as primeiras de “mobilização afirmativa”, dentre as quais inclui os esforços pró-ativos de informar e incentivar membros de grupos sub-representados a se candidatarem a empregos ou de oferecer treinamento vocacional para capacitá-los a competir em igualdade de condições. Defende a ideia de que os esforços sejam dirigidos para assegurar que “os critérios usados para contratações e promoções sejam baseados no mérito e não em qualquer outra característica”¹⁹⁹. Pela mobilização afirmativa, o Estado promove a igualdade na preparação para o ponto de partida do qual todos partem de uma mesma posição e todos têm possibilidade de chegar.

“Outra forma de ação foi chamada de ‘preferência afirmativa’, que se dá quando há tratamento preferencial de acesso a certos bens e serviços com base em raça, gênero ou

¹⁹⁷ SOWELL T. ob. Cit. p 25-26.

¹⁹⁸ SOWELL, Thomas, *Affirmative Action Around the World: An Empirical Study*. New Haven and London: Yale University Press, 2004.

¹⁹⁹ TOMEI, Manuela. *Ação Afirmativa para a igualdade racial: características, impactos e desafios*, Organização Internacional do Trabalho. Genebra, 2006.

deficiência”. O relator especial da ONU afirmou que o princípio que deveria orientar as medidas de ação afirmativa é o de atender as necessidades específicas dos membros dos grupos designados, sem violar os direitos de não discriminação das pessoas que não pertençam a este grupo²⁰⁰.

A preferência afirmativa requer extrema cautela do Estado, pois este pode perder o controle dos legítimos interesses e permitir que se utilize a ação afirmativa como plataforma política e para atender interesses setorializados. Isto faria com que fosse transformado em regra, o que, em princípio, seria exceção, como ocorreu na Índia, onde mais de 2/3 da população já figura entre os beneficiários da ação afirmativa e onde as medidas transitórias estão se transformando em medidas perenes por falta de força política para se fazer valer a transitoriedade. A preferência afirmativa é campo de conflitos tanto na eleição dos beneficiários, como na definição de percentuais, buscando-se atingir percentual cada vez maior em benefício dos contemplados.

O Estado pode adotar medidas de mobilização afirmativa para igualar os pobres, os pretos e as mulheres, por exemplo, para competirem em iguais condições com os demais. No caso das pessoas com deficiência, as formas que os recursos de acesso estão estruturados constituem obstáculos para o acesso e desenvolvimento pleno destas pessoas em razão das suas limitações físicas e sensoriais, logo, o Estado pode adotar a preferência afirmativa reservando vagas em separado para elas, como excepcionalmente autorizou a Constituição Federal brasileira em seu art. 37- VIII.

2.1 APLICAÇÃO RESTRITIVA DO SISTEMA DE COTAS SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O art. 3º IV da Constituição Federal dispõe sobre a eliminação da pobreza sem discriminação, o que significa que o Brasil deverá encontrar formas de promoção da igualdade material sem se utilizar de padrões discriminatórios no sentido de garantir direitos a alguns em detrimento de outros, pois o sistema de cotas possui uma faceta de discriminação positiva de preferência, cujo reverso significa a exclusão dos que não são beneficiários desta preferência. Tanto os órgãos públicos quanto as empresas privadas poderão promover ações afirmativas em favor dos grupos discriminados, desde que estas medidas não excluam necessariamente os demais da competição, quebrando o valor meritório por características que independem da vontade e treinamento dos competidores.

²⁰⁰ Idem.

No Brasil, a Constituição não traz qualquer permissivo legal para fixação de cotas com base em características cuja discriminação é proibida; pelo contrário, como princípio geral, a constituição proíbe a discriminação por motivo de raça, cor, sexo, origem, etc. Apenas a própria Constituição faz exceção à proibição genérica e autoriza a lei a fazê-la, como está em seu artigo 37- VIII, no qual prevê “reserva de vagas para as pessoas com deficiência”, cuja discriminação também é proibida. Não há outra exceção com autorização constitucional expressa para a criação de cotas no Brasil.

No que concerne à utilização de cotas como critério de admissão ou progressão profissional, exceto quanto aos deficientes físicos e menores de 16 anos, por autorização constitucional expressa, a Constituição Federal proíbe expressamente qualquer outro atributo para efeito de critério de admissão. Dispõe o art. 7º XXX – “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, cor, idade ou estado civil”.

Carecem de razoabilidade os argumentos permissivos da infração dos dispositivos constitucionais que proíbem literalmente a adoção de determinados atributos como critério de admissão, com fundamento da maior representatividade de determinados grupos, ou com o objetivo de se promover a igualdade material sob a justificativa de discriminação positiva. A própria Constituição Federal criou as exceções cabíveis, e permitiu que o Estado encontrasse caminhos para a promoção da igualdade material sem infringir as normas e princípios constitucionais. Carece de amparo jurídico justificar a infração de regras fechadas e específicas com fundamentos calcados em conceitos abertos e programáticos como, por exemplo, igualdade material.

No tocante ao acesso às universidades públicas, a Constituição Federal autoriza a promoção da igualdade material, mas não autoriza o desrespeito às suas próprias normas para a promoção desta igualdade, sobretudo diante de várias outras formas de se buscar a igualdade de oportunidades e resultados, até mesmo com outras medidas de ação afirmativa mais criativas e eficazes do que as cotas. O art. 208 V estabelece o “acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e criação artística, segundo a capacidade de cada um”. Em conformidade com as normas básicas de hermenêutica, as normas específicas prevalecem às gerais.

Não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal²⁰¹ Federal favorável às cotas raciais, como foi demonstrado no capítulo V, por ocasião do julgamento do sistema adotado na Universidade de Brasília, a matéria ainda não foi esgotada e provavelmente virá a ser analisada novamente em razão da Lei nº 12.711/12 que fixa cota de 50% para admissão nas escolas técnicas e universidades federais com recorte racial e avaliação de resultados após 10 anos, o que não corresponde a transitoriedade que deve caracterizar as medidas de ação alternativa.

Por terem como atributo de direito fator de discriminação, como por exemplo, sexo ou cor, as cotas não podem ser estabelecidas sem legislação que as ampare e a legislação deve estar em consonância com a Constituição Federal. A regra geral é a ilegalidade de qualquer tipo de discriminação, assim, para se estabelecer norma de discriminação positiva é indispensável a previsão legal em conformidade com o permissivo Constitucional. A Constituição Federal no art. 37, VIII prevê reserva de vagas para deficientes físicos, logo, a lei que dispõe sobre reserva de vagas para deficientes físicos em empresas privadas é constitucional e o empregador que, por decisão voluntária, reservar porcentagem de seus cargos para deficientes físicos também estará agindo em conformidade com a lei e com a Constituição Federal.

Ainda, no tocante às mulheres para as quais o artigo 7º XX prevê a “proteção do mercado de trabalho, mediante incentivos específicos nos termos da lei”, não há autorização expressa para se adotar o sexo feminino como critério de admissão, pois, medidas de incentivo não significam cotas preferenciais em detrimento dos demais. Como exemplo de medidas de proteção ao mercado de trabalho da mulher estão as medidas em prol do compartilhamento das responsabilidades familiares, cujas atribuições delegadas preponderantemente às mulheres constitui-se em grande obstáculo para o trabalho e ascensão profissional. Logo, se alguma legislação fixar cotas de admissão para mulheres será inconstitucional; e se qualquer empregador, por exemplo, um hospital fixar cotas para admissão de mulheres, ainda que justifique pelo argumento da igualdade material, a medida é ilegal.

O artigo 373-A da CLT que veda a discriminação e ressalva “as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas”, bem como o disposto no parágrafo único, que esclarece que a proibição de discriminar “não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o

²⁰¹ ADPF 186

acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher” não configuram permissivo legal para fixação de cotas por gênero como critério de admissão.

No caso de pretos, pardos, indígenas, homossexuais, judeus, mulçumanos, etc., a constituição não abre qualquer exceção à regra de não discriminar, logo, qualquer lei ou ato voluntário de fixar cotas com base nas características acima é inconstitucional. O art. 2º, II, da Convenção da ONU para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial²⁰², ratificado pelo Brasil prevê a “adoção de medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais e de indivíduos pertencentes a estes grupos, com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais”. A leitura desta norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro não leva à conclusão de que o Brasil deve adotar cotas raciais ou medidas preferenciais em favor dos pretos em relação aos não pretos; pelo contrário, a vedação de critérios de admissão com base em raça ou cor é expressa no art. 7º XXX da Constituição Federal.

2.2 AUSÊNCIA DE REGRAS DE COMPETÊNCIA PARA FIXAÇÃO DE COTAS

Conforme já exposto, a única possibilidade em que a Constituição Federal prevê a reserva de vagas é no art. 37 VIII – “a lei reservará percentual dos cargos em empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”. Neste artigo a Constituição reserva à lei a competência para estabelecer cotas para pessoas com deficiência.

Diante da ausência de demais permissivos constitucionais, não há qualquer previsão de competência para fixar cotas para outros grupos. Em 1995, a Lei 9.100 fixou o percentual de candidatura de mulheres em 20%. Este dispositivo foi revisado em 1997 pela Lei n. 9.504, que ampliou a medida para os demais cargos eletivos por voto proporcional, aumentando o número de vagas de cada partido ou coligação de forma a conter o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo, tanto para as eleições municipais quanto para as estaduais como também para as federais. Até este momento a competência estava limitada ao Congresso Nacional.

Em 2001, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro estabeleceu uma porcentagem das vagas das Universidades Estaduais para pretos e pardos. Ampliou-se neste momento a competência para a esfera estadual, e o campo de incidência entre os beneficiários das

²⁰² ICERD – International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.

cotas passou a incluir pretos e pardos. Em 2002 a competência se ampliou passando a ser avocada por atos do Executivo, quando foi firmado o Decreto nº 4.228/2002 que estabeleceu programa de Ações Afirmativas na Administração Pública Federal, elegendo como beneficiários afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência.

Em 2003, a UnB Universidade de Brasília aprovou a proposta que destina 20% das vagas para negros, ato que foi seguido por várias Universidades Federais e Estaduais, competência ratificada pelo Supremo Tribunal Federal conforme julgamento da ADPF n.º 186 sob o argumento da autonomia administrativa prevista na Constituição Federal. Passou-se, assim a admitir a competência para a criação de cotas por instituições públicas.

A Lei nº 12.288/2010 - Estatuto da Igualdade Racial contém previsão de ação afirmativa para inclusão dos negros nos mais altos postos de trabalho conforme está no artigo 42 ao dispor: “O Poder Executivo federal poderá implementar critérios para provimento de cargos em comissão e funções de confiança destinados a ampliar a participação de negros, buscando reproduzir a estrutura da distribuição étnica nacional ou, quando for o caso, estadual, observados os dados demográficos oficiais”. Este artigo dá competência ao Poder executivo para utilizar o critério racial no provimento de cargos em comissão e funções de confiança.

O Decreto nº 43.007 de 07/06/2011 do Governo Estadual do Rio de Janeiro reserva 20% das vagas para negros e índios em concursos públicos para preenchimento dos cargos efetivos do poder Executivo Estadual, adotando a competência por Decreto Governamental. O Paraná reserva 10% das vagas para negros, e o Mato Grosso do Sul reserva 10% para negros e 3% para Índios. Alguns municípios já fixaram cotas para negros nos concursos para cargos públicos municipais, mediante leis municipais e seguindo exemplo dos Estados e Federação se admitirá a fixação de cotas por Decretos municipais dentre estes Piracicaba (SP), Porto Alegre (RS), Vitória (ES), Criciúma (SC), Betim (MG) e Colombo (PR)²⁰³.

A Lei Federal nº 12.711 de 29 de agosto de 2012 prevê cotas de 50% para ingresso nas escolas técnicas e universidades federais. O recente Ato nº 752/GDGSET>GP, de 20/11/2012 do Tribunal Superior do Trabalho²⁰⁴ dispõe sobre a “reserva de vagas para afrodescendentes nos contratos de prestação de serviços continuados e terceirizados, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho”. Ações judiciais solicitando fixação de cotas e pedidos de

²⁰³ Disponível em: www.seppir.gov.br. Acesso 10/12/2012.

²⁰⁴ Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso 09/12/2012.

providência ao CNJ para fixação de cotas para negros e índios em concurso da magistratura são noticiadas pela imprensa.

A quebra do princípio da igualdade e não discriminação prevista na Constituição Federal terá como consequência a perda de controle do Estado quanto ao poder de regulamentar por critérios diversos cotas para os mais variados beneficiários. A falta de previsão constitucional, inclusive quanto a fixação de competências tem levado à discricionariedade de regulamentação de cotas, tanto no tocante à fonte jurídica, como no tocante aos beneficiários, aos percentuais, ausência de prazo de duração, etc. Corre-se o risco do desvirtuamento das medidas de ação afirmativa de um instrumento de política pública estatal se transformar em plataforma político partidária.

2.3 INCOMPATIBILIDADE DAS COTAS COM AS MEDIDAS TEMPORÁRIAS

As convenções internacionais autorizam a criação de medidas especiais temporárias para acelerar a igualdade. As cotas como criação de direitos fundamentados em características pessoais de sexo, cor ou raça, etc. não obstante sejam criadas com o comando da avaliação dos resultados após determinado período, são de difícil remoção da política, da cultura e da legislação. O exemplo da Índia, que serve de modelo ao Brasil, e onde as cotas foram criadas para durar 20 anos já duram 60 e, segundo seus defensores, estão longe de alcançar os objetivos almejados. A realidade da Índia demonstra que a tendência é a prorrogação do prazo e a ampliação dos beneficiários, já que outros grupos reivindicam os mesmos direitos.

A outra dificuldade para se estabelecer a duração das medidas é ter como meta alcançar estágios subjetivos e indefinidos, como, por exemplo, a representatividade razoável dos grupos ou a igualdade material, sem que haja números predeterminados. Outro fator está relacionado com os motivos pelos quais não se atinge o percentual de representatividade, pois o fato de entrar na universidade não significa concluir a universidade, já que existem outros obstáculos no percurso. O fato de as mulheres se candidatarem aos cargos decisivos não significa a eleição delas. Qualquer política tida como temporária cuja duração é definida por objetivos de difícil apuração ou cumprimento pode ser considerada eterna.

Conclui-se que, diante da dificuldade de se atingirem objetivos abertos e da reversão do quadro, após incrustado na cultura, principalmente dos beneficiários, a legalidade do sistema de cotas no Brasil depende, dentre outros fatores, de prazo de duração previamente especificado

na norma, e não apenas de um prazo de avaliação como previsto na recente Lei nº 12.711/2012. Esta Lei deve ser submetida ao controle da constitucionalidade tanto no tocante aos beneficiários, como pelo percentual fixado em 50% das vagas, se compatível com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade; e quanto ao prazo de duração fixado em 10 anos para avaliação, e não como prazo objetivo de vigência.

No Brasil vem se verificando a fixação de cotas, por leis estaduais, municipais, Decretos e Atos administrativos sem qualquer fixação de prazo de vigência, o que desvirtua completamente a natureza da ação afirmativa como medida temporária de aceleração de acesso e desenvolvimento de alguns grupos sub-representados nos espaços públicos sociais. A descaracterização das medidas de ação afirmativa como temporárias demonstra a inconstitucionalidade das mesmas e a incompatibilidade com os Tratados e Convenções internacionais.

2.4 COTAS RACIAIS

A inquisição, a escravidão, as guerras, o holocausto e as ditaduras representam sangrentas tragédias na história mundial, atrocidades que deixaram e continuam deixando sequelas na sociedade. O grande feito esperado do Estado Social moderno é administrar estas sequelas de modo a melhorar o presente e preparar um futuro com a efetivação dos direitos humanos e fundamentais. Caberá ao Estado escolher formas eficazes e adequadas para cumprir seus objetivos conforme rezam as respectivas Constituições.

No propósito de fomentar a maior participação dos negros em espaços públicos em que estão sub-representados, como, por exemplo, nas universidades, o Brasil vem adotando cotas raciais para negros como um tipo de ação afirmativa. Conforme já exposto em outros capítulos, os debates sobre o tema são muito mais voltados ao ideal almejado do que à adequação e efetividade da medida. Não obstante se reconheçam as sequelas remanescentes da escravidão nas posições ocupadas pelos negros na sociedade brasileira, e se assuma como fundamental a ascensão acadêmica, profissional e social dos negros o Estado deve se valer de medidas adequadas e eficientes para acelerar o acesso dos negros a espaços, nos quais, são subrepresentados. A análise das consequências e da efetividade das medidas deve ser norteadas pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para que as políticas públicas voltadas ao futuro não sejam influenciadas pelas mazelas irreversíveis do passado.

No discurso da proteção dos direitos humanos vem sendo incluída a racialidade

como expressão de reconhecimento, ou seja, do direito dos negros serem reconhecidos como tais. É verdade que o Estado deve reconhecer a cultura africana presente no Brasil, até porque, ela é a cultura brasileira, contudo isto não significa que o Estado deve separar os brasileiros entre pretos, pardos e brancos, ainda que seja para atribuir benefícios e preferências ou sob o fundamento da busca da igualdade material.

A racialidade é legítima como um direito do cidadão, mas ela só poderia ser institucionalizada e imposta por um Estado democrático para a divisão da nação em cores diante de consulta à maioria da população, por plebiscito, já que a Constituição Federal em seu art. 19º dispõe: “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si”. O dispositivo veda expressamente a criação de distinções por cor ou raça ou origem e nelas fundamentar preferências.

A Constituição Federal Brasileira, ao reconhecer o pleno exercício dos direitos culturais e determinar ao Estado que proteja as “manifestações das culturas populares indígenas e afro-brasileiras”, como faz em seu artigo 215 § 1º, o que é livremente exercido, respeitado e valorizado no Brasil, não autoriza a imposição de cotas raciais para afro-brasileiros nem tampouco a racialidade como vetor jurídico, exigindo de cada cidadão que se identifique pela cor da pele para integrar o grupo de cor negra, parda, branca ou amarela. O questionário do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística no tocante à cor do cidadão e a declaração racial nominal e obrigatória no ato da matrícula escolar ou universitária são medidas inconstitucionais que devem ser banidas.

A pergunta que se faz aqui é se haveria outras formas de promover e acelerar a maior participação dos negros nos espaços públicos brasileiros como universidades, cargos públicos, representação política, profissões que requerem cursos superiores, pesquisa científica, etc., sem necessariamente se estabelecer uma política na qual a cor ou o fenótipo é atributo de direito? A resposta é sim, o investimento na formação e educação nas classes mais pobres com programas culturais e vocacionais e apoio ao talento, incentivos públicos e privados podem aumentar a ascensão dos negros aos espaços em que são minorias, sem dividir a nação por cores ou criar categorias preferenciais por meio de cotas raciais.

Sobre a política de cotas raciais nas universidades públicas, escreveu a Professora Gislene Aparecida dos Santos em seu precioso livro “Reconhecimento Utopia Distopia: os

sentidos da política de cotas raciais²⁰⁵”. Ela explica que ser a favor ou contra cotas raciais, não expressa exatamente a que se está referindo, já dentro desta questão estão várias outras questões atinentes. E prossegue em uma lúcida abordagem sobre o tema. “A pergunta seria, concordarmos ou não com o fato de que:

- 1) A política de cotas aumenta a presença de estudantes negros (pretos e pardos), nas universidades públicas?
- 2) A política de cotas auxilia na mobilidade social, por meio do aumento da quantidade de representantes negros onde sua presença ainda é insuficiente?
- 3) A política de cotas racializará o País?
- 4) A política de cotas aumentará o preconceito e a discriminação contra os negros, nas universidades ou na sociedade?
- 5) A política de cotas resolverá o problema da exclusão social dos negros?
- 6) A política de cotas é constitucional?
- 7) A política de cotas é justa?
- 8) A política de cotas constitui modelos de políticas pública eficientes?
- 9) A política de cotas constitui modelos de políticas de Estado eficientes?
- 10) A política de cotas é eficiente, no que diz respeito à construção de um modelo de identidade negra?
- 11) A política de cotas desmascara o mito da democracia racial?
- 12) A política de cotas fere o mérito acadêmico?

O questionário proposto pela professora contará com respostas divergentes dependendo da ideologia, experiências, convicções e valores de quem o responde, contudo pode ajudar na análise da razoabilidade e da proporcionalidade da medida. Sob os propósitos deste trabalho, é de se afirmar que, para as questões de número 1, 2, 3 e 12, a resposta é SIM. A política de cotas aumenta a presença de negros na universidade pública e auxilia na mobilidade

²⁰⁵ SANTOS, Gislene Aparecida dos Santos. Reconhecimento Utopia Distopia: Os Sentidos da Política de Cotas Raciais. São Paulo: Annablume, 2012, p. 28-29.

social destes, contudo, racionalizará, sim, o País e fere o mérito acadêmico no processo de admissão, mas não o faz no tocante ao desempenho e qualidade de ensino. No que concerne ao aumento do preconceito e discriminação contra os negros na universidade e na sociedade, não é possível responder, contudo, pode-se afirmar que não será fator de diminuição ou erradicação da discriminação. Em países como os Estados Unidos onde as políticas de ação afirmativa são baseadas no gênero e na raça ou etnia, é visível a olho nu que o preconceito, a segregação dos grupos e a hostilidade, não obstante reprimida, é latente demonstrando a ineficiência das medidas para o fim de construir uma nação plural sem discriminação ou preconceitos.

A resposta para as perguntas de número 5 a 10 é NÃO. A política de cotas não irá resolver o problema da exclusão social dos negros; é inconstitucional, não se apresenta como justa aos olhos do senso comum da sociedade, logo, não se apresenta como política pública eficiente. A pergunta de número 11 parte do pressuposto de que a democracia racial no Brasil é um mito, com o que nem todos estão de acordo, pois depende do contexto e dos paradigmas que escolhidos. Para muitos brasileiros, a democracia racial no Brasil não é um mito e sim uma realidade naturalmente edificada.

Há poucos brasileiros nas universidades; dentre estes poucos, existe um número mínimo de negros, principalmente nos cursos mais concorridos. Se o objetivo da política da racialização for colocar mais negros na universidade, este talvez seja atingido com a política de cotas, mas seria apenas este o objetivo do Estado? e para isto se deve pagar o alto preço de impor à nação que as pessoas se classifiquem pela cor? Será este o único caminho? Contudo, se o objetivo do Estado é a igualdade material, o instrumento cotas não é o mais adequado, porque já parte da desigualdade de tratamento, ainda que justificada pelo pequeno número de negros na universidade pública.

Inspirada no questionamento da Professora Gislene, e com o objetivo de questionar a política de cotas diante dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, apresentam-se as seguintes indagações:

1) A imposição Estatal da autodeclaração da cor é compatível com o art. 19-III da Constituição Federal que veda a União o Estado e os Municípios - “criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si”?

2) Existem outros grupos, ainda que não identificados pela cor, que não estão representados proporcionalmente nas universidades e em outros espaços da sociedade?

3) Existem diferenças regionais ou injustiças históricas que excluem determinados grupos dos espaços sociais, independentemente da cor?

4) O Estado poderia adotar outras políticas públicas que, além de introduzir maior número de negros na universidade, pudesse aumentar a igualdade sem impor a classificação por cor?

5) Existem outras causas que figuram como obstáculos para que os negros frequentem alguns espaços públicos?

A imposição estatal da autodeclaração da cor tanto nas pesquisas feita pelo IBGE quanto em qualquer formulário é inconstitucional, ainda que seja para beneficiar ou outorgar preferências. Existem vários outros grupos que não estão representados proporcionalmente nas universidades, como por exemplo os muçulmanos que vivem no Brasil, os residentes nas regiões norte e nordeste ou os descendentes de exilados políticos e torturados cuja compensação pelo desaparecimento de seus ancestrais pode ser base de reivindicação de cotas universitárias já que foram vítimas indiretas da ditadura militar. Sim, existem outros meios de inclusão de negros e pobres nas universidades públicas que não implicassem em racialização, começando pela reformulação do ensino básico e dos métodos de acesso às universidades, o exemplo da África do Sul que está mudando o foco da ação afirmativa para incluir o capital humano e o potencial de estudantes pobres negros ou brancos, mas altamente capacitados e que não ocupam os espaços públicos da cultura e do saber por razões de pobreza e não da cor da pele.

A ponderação de normas e valores requer mais do que ideologia, requer objetivos claros para a análise da eficiência e da proporcionalidade. Diante do choque entre regras e princípios constitucionais, deve prevalecer a regra geral em detrimento da exceção, a norma específica diante da genérica e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade como vetores das políticas públicas.

O princípio da proporcionalidade traduz a ideia de que o Estado deve manter uma rígida relação de adequação entre os meios e os fins:

o excesso pode configurar ilegitimidade de uma dada providência e de sua abstenção, por derivação do princípio do Estado de Direito, que proíbe restrições de direitos fundamentais inadequados à consecução de seus fins a que afinal se prestam. Isso significa que toda a providência oficial (i.e., posta com *auctoritas*), ao restringir direitos fundamentais, admite apreciação material à luz dos fins sociais a que se destina e em face dos demais interesses juridicamente relevantes em jogo, esteja ela consubstanciada em ato legislativo, em ato

administrativo ou em ato jurisdicional. Cuida-se de saber, então, se a medida restritiva guarda, com os seus fins legítimos, uma relação de adequação (*Geeignetheit*) e de necessidade (*Erforderlichkeit*), de modo que há violação ao princípio da proporcionalidade sempre que um juízo material de compatibilidade revelar contrariedade, incongruência, irrazoabilidade, ou inadequação entre meios e fins²⁰⁶.

“Trata-se, portanto, de um princípio instrumentalizado para a inibição do arbítrio do poder público e para a ponderação racional dos valores que os seus órgãos devem mediar”²⁰⁷.

2.4.1 Diferenças entre o Brasil e os Paradigmas

A concepção do Brasil como democracia racial originou-se na década de 1930 e foi essencial na adoção de políticas que valorizaram a herança miscigenada brasileira. Segundo essa ideologia, a mistura de raças deveria ser positivada em vez de estigmatizada. Os símbolos negros e africanos tornaram-se nacionais: a feijoada, o samba e até mesmo algumas práticas religiosas. Isso acontecia ao mesmo tempo em que, nos Estados Unidos e na África do Sul, as políticas governamentais segregavam negros em determinados bairros e regulamentavam os casamentos inter-raciais.

Nos EUA e na África do Sul, longas histórias de leis segregacionistas traçaram uma fronteira racial indelével. Todos sabem quem é “branco” e quem é “negro” em países que inscreveram as raças na lei e classificaram oficialmente os indivíduos em grupos definidos pela ancestralidade. No Brasil, pelo contrário, a fronteira racial não existe na consciência das pessoas²⁰⁸, mas a política da racialização parece ter como objetivo que as pessoas se identifiquem como raça e cor.

Copiando o exemplo dos Estados Unidos e da África do Sul, o Brasil vem trilhando o caminho das medidas de ação afirmativa dirigidas para afrodescendentes, no caso do Brasil identificados como negros, categoria em que o IBGE inclui os pardos que, somados aos pretos, ultrapassam o número de brancos. Não obstante a doutrina americana venha servindo de subsídio para a sustentação das cotas raciais, nos Estados Unidos, apesar das várias medidas de ação afirmativa, dentre estas metas e cronogramas (*goals and timetable*) para os chamados *African-American*, não há legislação com imposição de cotas raciais, pelo contrário, a utilização

²⁰⁶ FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Direito à Prova e Dignidade Humana*, São Paulo: LTr, 2007, p. 72.

²⁰⁷ Idem p. 74.

²⁰⁸ MAGNOLI, Demétrio, *Uma Gota de Sangue : História do Pensamento Racial*, Contexto, 209, p. 366.

do critério raça nas admissões para universidades vem sendo debatida na Suprema Corte, como já se descreveu em capítulos anteriores.

Considerando as medidas com recorte racial em vigor nos Estados Unidos, devem-se destacar, no mínimo, três aspectos relevantes a serem considerados no tocante ao viés racial na adoção de ação afirmativa no Brasil:

a) após a libertação dos escravos, os Estados Unidos prosseguiram com as normas de segregação até 1964, o que não ocorreu no Brasil, não havendo qualquer proibição ou distinção legal desde 1888 quando abolida a escravidão, o que significa 76 anos de diferença, entre a realidade e as sequelas deixadas por ambos os países, o que é um tempo razoável no que se refere à mudança cultural;

b) o sistema de admissão para as universidades americanas²⁰⁹ é completamente diferente do brasileiro. Nos EUA a nota do teste (*SAT- Scholastic Assessment Test*) é apenas um dos critérios de avaliação, sendo também considerado o perfil do candidato em toda sua vida de estudante, o que inclui suas notas durante os anos do ensino médio, cartas de recomendação, atividades extracurriculares, trabalho voluntário, publicações, experiências profissionais, premiações, etc.. Não há reserva de vagas ou sistema de cotas; o que ocorre em algumas universidades é a preferência na admissão levando em conta a etnia, o que se aplica tanto para os negros como para os hispânicos. Como as universidades, estaduais ou privadas, não são gratuitas, aqueles que não podem pagar concorrem ao sistema de bolsas ou financiamento;

c) o Poder Judiciário dos Estados Unidos possui maior poder criativo na formulação dos remédios jurídicos pois o sistema jurídico dos Estados Unidos deriva do *Common Law* diferente do brasileiro que deriva do *Civil Law* em que a jurisprudência se move dentro dos parâmetros estabelecidos pelo legislador.

Em sentido inverso, nos sistemas da *common law*, como é o caso do direito da Inglaterra e dos Estados Unidos, a jurisprudência continua a ocupar o posto principal de fonte, não obstante o impacto sobre o sistema estadunidense da existência de uma Constituição dotada de supremacia formal e da crescente importância da legislação em ambos os ordenamentos ²¹⁰.

²⁰⁹ Disponível em www.estudarnoseua.com.br. Acesso em novembro 2012.

²¹⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2010, p 105.

No Brasil, entre 2000 e 2010 o número de brasileiros que possuem curso superior subiu de 4,4% para 7,9%²¹¹, ou seja, frequentar uma faculdade no Brasil é privilégio para brancos, pardos, negros ou asiáticos, enquanto nos Estados Unidos 39,3%²¹² de jovens entre 25 e 34 anos possuem curso superior. Logo, faltam negros e brancos nas universidades brasileiras.

O Brasil não teve e nem tem barreiras institucionais de acesso ao ensino superior. As barreiras sociais, culturais, econômico-financeiras e educacionais encontradas também por outros grupos como mulheres, nordestinos, imigrantes, etc., são resultantes da história, da colonização brasileira, da forma de administração do País e do lento crescimento da economia e desenvolvimento como um todo.

O argumento da diversidade na universidade como fator de construção do saber também não se justifica no Brasil, pois, do pequeno percentual de brasileiros que teve e tem acesso à universidade, nunca houve restrição institucional por razão de raça, cor ou origem, sendo a diversidade é construída naturalmente por brasileiros e estrangeiros, brancos, pretos, pardos, orientais, árabes. O que exclui os jovens das universidades públicas e gratuitas é a grande concorrência, que faz com que a nota de aprovação seja cada vez mais elevada, principalmente para os cursos mais procurados; e o que os exclui das universidades privadas é a falta de condição econômico-financeira para pagar.

O argumento da diversidade se justifica nos Estados Unidos, que mantinha universidades exclusivas para brancos, as quais os negros não podiam sequer visitar. O argumento da política compensatória da escravidão praticada há mais de 120 anos não justifica as cotas raciais no Brasil; talvez a hostilidade da segregação dos Estados Unidos que atingiu a geração ainda sobrevivente deva, sim, ser compensada, mas isto não ocorreu no Brasil.

O Brasil tampouco pode seguir o exemplo da África do Sul, pois entre 1948 e 1994 a população da África do Sul foi oficialmente classificada em brancos, africanos, indígenas e “de cor” ou *coloureds*, criando-se fronteiras raciais estritas em cada esfera da vida social: padrões residenciais, escolas, distribuição e organização, não sendo admitidos os negros em universidades de brancos. Após este período, a política de inclusão no ensino superior se utiliza do termo reparação ou transformação, e, os beneficiários são analisados separadamente, com o objetivo de se alcançarem metas raciais, pois nenhuma universidade possui cotas pré-

²¹¹ Disponível em: www.ibge.gov.br. Acesso novembro 2012. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

²¹² Disponível em: www.cbsnews.com. Acesso em novembro 2012.

estabelecidas. As metas se baseiam da Constituição de 1996, que prevê uma discriminação justa.

A África do Sul também prosseguiu com o regime do *apharteid* até 1989, logo, teve vários anos de atraso em comparação ao resto do mundo com relação à igualdade. A África do Sul evoluiu de um sistema de discriminação negativa institucional (*apharteid*) para a discriminação positiva (ação afirmativa). O *Industrial Dispute Prevention Act* (1909) e o *Native Regulation Act* (1911), que “prescreviam o direito à obtenção de empregos públicos por trabalhadores brancos, com a cominação de sanções para a contratação de negros”²¹³ foram sucedidos pelo *Bantu Labor Act* (1953) e pelo *Industrial Conciliation Act* (1956) que excluía “todos os negros da definição de empregados e proibia o registro de sindicatos integrados por eles”. Hoje, a Constituição Sul-Africana assegura a igualdade e prevê adoção de ações afirmativas, o que tem sido enfatizado em decisões da Suprema Corte.²¹⁴

Não obstante as diferenças, o Brasil tem um ponto em comum com a África do Sul, que é a necessidade de incluir mais negros, mais brancos e mais pobres nas universidades; no entanto, existem outros caminhos para se alcançar este objetivo sem a racialização, sem exigir do estudante ou do trabalhador que se identifique como negro ou branco. A política de reserva de vagas para negros exclui os não negros em uma forma de tangenciar o problema da elitização da universidade pública e gratuita. Os brancos e negros da classe média e alta têm o direito de estudar nas melhores universidades, dentre estas as públicas e gratuitas; contudo, podem e devem pagar por isto, para que o Brasil tenha condições de investir na educação dos pobres independentemente de raça ou cor.

2.4.2 Identificação dos Beneficiários

Antes de se estabelecer uma política pública baseada na cor da pele e nos traços físicos, deve-se analisar se a população brasileira se identifica com uma engenharia social que a divide em brancos, pretos e pardos. Se os jovens brasileiros não se vêem divididos em grupos raciais ou étnicos e se pensam como indivíduos, qualquer política ou estatística divisória, ainda que pela própria pesquisa do IBGE, não possui legitimidade²¹⁵.

²¹³ MORAES Guilherme Peña. In MALLET, Estêvão ; MERINO, Lucyla Telles ; PERES, Antonio Galvão ; FAVA, Marcos Neves. Direito do Trabalho e Igualdade e igualdade étnico-racial. In PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas. (org.). Ordem jurídica e igualdade étnico-racial. São Paulo: Pro ed., 2006 p. 308.

²¹⁴ Idem p. 308.

²¹⁵ Ver artigo “Racismo e anti-racismo: preconceito, discriminação e os jovens estudantes nas escolas cariocas”, em que a Autora Yvone Maggie analisa a pesquisa realizada com jovens estudantes das escolas públicas cariocas nas quais constata que preconceito e discriminação não aparecem como tema central entre os estudantes e que os

Devido ao elevado índice de miscigenação, felizmente, as fronteiras raciais no Brasil são imprecisas. No Brasil há grande dificuldade em se estabelecer a fronteira entre brancos e negros já que 2/5 da população se declaram mestiços. A mestiçagem, que sempre foi orgulho brasileiro, vem sendo hostilizada para justificar cotas raciais e, em seu lugar, se defender a racialização imposta pelo Estado como política em defesa dos direitos humanos, mostrando para o mundo²¹⁶ uma versão racista que o Brasil não tem, principalmente se comparado a outros países que são utilizados como modelos. As estatísticas direcionadas aos objetivos podem levar a equívocos lançados na mídia, sobretudo, para justificar interesses políticos e ideológicos. É verdade que no Brasil há muito preconceito, o que é inerente ao ser humano, contudo, a racialização acentua o preconceito e conclama as pessoas a se classificarem por obrigação, e não como um direito a ser exercido se assim lhes aprouver. As escolas para negros, como as escolas para judeus e escolas ou academias de ginástica somente para mulheres é o exercício de um direito de liberdade e cidadania, não obstante implique a exclusão dos que não pertençam ao grupo; todavia, a diferença está entre o direito de se agrupar e a imposição do Estado Social que representa todos os cidadãos regidos pela Constituição Federal, cujas normas não permitem a divisão institucional dos brasileiros por critério de cor ou raça.

A raça é um conceito jurídico, cultural e biológico, a negativa da existência de raças não é um argumento convincente contrário às cotas raciais, pois de fato se faz referência legislativa à raça tanto na legislação nacional como na legislação internacional. Contudo, não é razoável imaginar que no Brasil a ascendência africana pode ser identificada por métodos científicos.

Uma investigação já célere sobre a ancestralidade de brasileiros classificados censitariamente como brancos, conduzida por Sergio Pena e sua equipe da UFMG - Universidade Federal de Minas Gerais comprovou cientificamente a extensão de nossas miscigenações. “Em resumo, estes estudos filogeográficos com brasileiros brancos revelaram que a imensa maioria das patrilinhagens é europeia, enquanto a maioria das matrinhagens (mais de 60%) é ameríndia ou africana”. Especificamente, a análise DNA mitocondrial que serve como marcador de ancestralidade maternas mostrou que “33% das linhagens eram de origem ameríndia, 28% de origem africana e 39% de origem europeia”²¹⁷.

xingamentos aparecem como fator principal à homossexualidade. Quanto à cor, os xingamentos aparecem mais entre colegas. Educação & Sociedade v.27 n.96 Campinas out. 2006 www.scielo.br.

²¹⁶ Artigo publicado em 31/08/2012 no New York Times opina que a nova lei de cotas para as universidades brasileiras reconhece que o Brasil está longe da democracia racial exposta pelo influente sociologista Gilberto Freire, que declarou que o Brasil escapou de muito preconceito e discriminação que ele testemunhou quando estudou a era segregacionista nos Estados Unidos.

²¹⁷ Manifesto contra as Cotas. Folha de São Paulo, 14/05/2008. Disponível em: www1.folha.uol.com.br. Acesso 09/12/2012.

Não obstante não haja qualquer dúvida de que no Brasil o número de pardos ultrapassa o número de pretos e de brancos, o discurso sobre as cotas raciais parece estar concentrado em argumentos fundamentados entre cor preta e branca. Mas, o que pensam os pardos que engrossam as estatísticas que o IBGE incluiu forçadamente na categoria negros? Para expressar este pensamento é fundamental trazer os questionamentos apresentados na Audiência Pública²¹⁸ realizada junto ao Supremo Tribunal Federal, por HELDERLI FIDELIZ CASTRO DE SÁ LEÃO ALVES representando o MOVIMENTO PARDO-MESTIÇO BRASILEIRO (MPMB) e a ASSOCIAÇÃO DOS CABOCLOS E RIBEIRINHOS DA AMAZÔNIA (ACRA), que declara que o sistema de cotas para negros adotado pela UNB (parte na ADPF que deu causa a audiência pública), **não é a rigor medida de ação afirmativa**, (grifo nosso), e prossegue apresentando os motivos de sua convicção:

Ele não visa a combater discriminação racial, de cor, de origem, nem corrigir efeitos de discriminações passadas, nem de assegurar os direitos e as liberdades fundamentais de grupos étnicos e raciais, como exige a Convenção Internacional Sobre Todas as Formas de Discriminação Racial para distinguir uma medida especial de uma medida de discriminação racial. O Sistema de Cotas para Negros na Universidade de Brasília, inversamente ao que defendia Darcy Ribeiro, idealizador, fundador e primeiro reitor da UnB, tem por base uma elaborada ideologia de supremacismo racial que visa à eliminação política e ideológica da identidade mestiça brasileira e à absorção dos mulatos, dos caboclos, dos cafuzos e de outros pardos pela identidade negra, a fim de produzir uma população composta exclusivamente por negros, brancos e indígenas.

Continua sua defesa, a demonstrar como o IBGE, por seu critério de cor, abrange os pardos os incluindo como negros, ainda que estes assim não se identifiquem, e como este critério é assimilado pela UNB, conforme esperado por outras Universidades que adotam as cotas raciais.

Exige a UnB que: "Para concorrer às vagas reservadas por meio do sistema de cotas para negros, o candidato deverá ser de cor preta ou parda, declarar-se negro e optar pelo sistema de cotas". Assim, as cotas da UnB não se destinam a proteger pretos e pardos em si; pretos e pardos que se autodeclarem mestiços, mulatos, caboclos são excluídos do sistema de cotas da UnB; também são excluídos aqueles afrodescendentes que se autodeclararam negros, mas são de cor branca. Para que estas cotas fossem medidas de ação afirmativa, seria necessário que se identificar como negro fosse causa de discriminação racial, mas ao excluir os autodeclarados negros de cor branca das cotas, a própria UnB tacitamente reconhece que somente identificar-se como negro não expõe uma pessoa a discriminações raciais no Brasil, como ocorre em outros países. Do contrário, a UnB os estaria discriminando também. Estes discursos visando à

²¹⁸ Audiência Pública – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 186 e Recurso Extraordinário 597.285, notas taquigráficas, www.stf.jus.br acesso 11/12/2012.

incorporação dos pardos pelos negros ativeram-se aos mulatos e silenciaram em regra sobre os milhões de caboclos do país, cuja população é possivelmente mais numerosa do que a preta também nacionalmente. Na região Norte, há cerca de 14 pardos (em sua maioria caboclos) para cada preto, e aqui no Centro-Oeste a proporção é de cerca de 11 para 1. Mesmo no Sudeste, onde a proporção entre pardos e pretos é de 4 para 1, parte destes pardos são mamelucos. Mestiços de brancos e indígenas já habitavam o Brasil décadas antes da chegada de africanos²¹⁹.

A forma de identificação utilizada pelo Brasil é a autodeclaração, pela qual cabe a cada um dizer se é branco, preto ou pardo com base no fenótipo, método também utilizado pelo IBGE. Não obstante a autodeclaração, os conflitos surgem quando se trata de medidas de preferência como as cotas raciais, já que pode valer uma vaga em uma universidade pública e gratuita. A auto-reclassificação decorrente da mudança da autodeclaração é esperada, podendo ser provocada tanto pela intenção de integrar-se ao grupo como pela releitura de cada um com base em novos valores. A reclassificação por terceiros também se mostrou necessária para inibir fraudes nas experiências das Universidades brasileiras. Como fundamento desta política estão valores como a autopercepção da cor, a coincidência da autopercepção com a percepção de terceiros, a falta de honestidade na declaração da cor para ter preferências, o inconformismo diante da divergência pela percepção de terceiros e **o julgamento final em grau de recurso pelo judiciário** (grifei). São estes os valores e conflitos que a política de cotas está fomentando.

Diante desta dificuldade e para inibir fraudes²²⁰, adotou-se na UnB – Universidade de Brasília - uma comissão para a certificação da declaração racial por meio de exame da fotografia tirada no momento da inscrição. Se a primeira etapa do trabalho de identificação racial da UnB foi conduzida pela equipe da "anatomia racial", a segunda foi conduzida por um comitê de "psicologia racial".² Trinta e quatro dos 212 candidatos com inscrições negadas na primeira etapa entraram com recurso junto à UnB. Uma nova comissão foi formada "por professores da UnB e membros de ONGs", que exigiu dos candidatos um documento oficial para comprovar a cor. Foram ainda submetidos à entrevista (gravada, transcrita e registrada em ata) na qual, entre outros tópicos, foram questionados acerca de seus valores e percepções: "Você tem ou já teve alguma ligação com o movimento negro? Já se sentiu discriminado por causa da sua cor? Antes de se inscrever no vestibular, já tinha pensado em você como um negro?" (Cruz, 2004). O candidato Alex Fabiany José Muniz, de 23 anos, um dos beneficiários da nova rodada da seleção das cotas, conseguiu um certificado comprovando que era pardo ao levar a certidão de nascimento e uma foto dos pais. Conforme seu depoimento, "a entrevista tem um cunho altamente político... perguntaram se eu havia participado de algum movimento negro ou se tinha namorado alguma vez alguma mulata" (Darse Júnior, 2004). Dos 34 candidatos que se submeteram à segunda etapa do exercício de "pedagogia racial", 21 deles,

²¹⁹ Idem.

²²⁰ Em outros países também ocorrem fraudes com os mesmos objetivos. Alguns loiros australianos se declararam aborígenes para possuírem direitos à terra; nos EUA, negros se inscrevem como índios para receber indenizações reservadas aos primeiros.

antes rejeitados, passaram a ser considerados "negros" pela UnB (Para UnB..., 2004)²²¹.

Diante da opinião desta comissão e da opção pelo fenótipo e não pela ancestralidade, uma ação judicial de um candidato com sua inscrição rejeitada dentro das cotas terá como prova “o olhar do Juiz” ou uma perícia na qual se analisaria o tom da pele, o tipo de cabelo e os traços do rosto típicos da raça negra. Saliente-se que este tipo de prova pode violar o princípio da dignidade humana²²². Provavelmente dever-se-á formar uma jurisprudência ilustrada com fotografias, segundo a qual os juízes irão se valer de paradigmas para enquadrar ou não, os pardos nas cotas, situação bastante constrangedora, tanto para o candidato como para os julgadores.

“Em junho de 2004, a Comissão de Relações Étnicas e Raciais da Associação Brasileira de Antropologia (Crer-ABA) emitiu um posicionamento acerca dos procedimentos adotados pela UnB. Lê-se:

A pretensa objetividade dos mecanismos adotados pela UnB constitui, de fato, um constrangimento ao direito individual, notadamente ao da livre auto-identificação. Além disso, desconsidera o arcabouço conceitual das ciências sociais, e, em particular, da antropologia social e antropologia biológica. A Crer-ABA entende que a adoção do sistema de cotas raciais nas Universidades públicas é uma medida de caráter político que não deve se submeter, tampouco submeter aqueles aos quais visa a beneficiar, a critérios autoritários, sob pena de se abrir caminho para novas modalidades de exceção atentatórias à livre manifestação das pessoas [...] a [Crer-ABA] externa a sua preocupação não somente com os fundamentos que norteiam o sistema classificatório dos candidatos, como também com as repercussões negativas que o sistema implantado pela UnB poderá produzir. (Crer-ABA, 2004).^{14 223}

A experiência da classificação racial da UNB deve servir de paradigma para a elaboração legislativa quanto a instituição de cotas raciais quer nas universidades, quer em cargos públicos ou qualquer tentativa de inclusão profissional por este viés, circunstâncias em que o direito do trabalho terá que enfrentar em um futuro próximo. O recorte racial exige que no Brasil se crie um tribunal racial, talvez com técnicos especializados para provar o fenótipo.

²²¹ MAIO, Marcos Chor ; SANTOS, Ricardo Ventura. Política de cotas raciais, os "olhos da sociedade" e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília (UnB). Horizontes Antropológicos, v.11, n.23. Porto Alegre, jan./jun. 2005 www.scielo.br acesso novembro 2012.

²²² Ver FELICIANO, Guilherme Gimarães. Direito à Prova e Dignidade Humana, São Paulo: LTr, 2007.

²²³ MAIO, Marcos Chor ; SANTOS, Ricardo Ventura. Política de cotas raciais, os "olhos da sociedade" e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília (UnB). Horizonte Antropológicos, v.11, n.23. Porto Alegre, jan./jun. 2005.

A autodeclaração de cor, utilizada pelo IBGE, é um passo para trás no objetivo da igualdade. A fixação de cotas com base no fenótipo vai exigir de terceiros que reavaliem as autodeclarações, possivelmente cometendo injustiças, julgando erroneamente pelo fenótipo em casos de ascendência não aparente além de pessoas da mesma família a serem enquadradas em categorias diferentes. A estigmatização é uma consequência natural deste tipo de política que leva até mesmo ao desmerecimento dos integrantes do grupo que não se utilizaram das cotas, mas que conseguiram acesso em igualdade de critérios. Com certeza, este não é o único e nem o melhor caminho para se enfrentar a desigualdade material no Brasil.

Ainda que se argumente sobre a continuidade da discriminação e preconceitos, o Brasil possui leis severas contra a discriminação, mas o preconceito está arraigado na natureza humana. Os negros podem ter preconceitos contra os homoafetivos, que podem ter preconceitos contra os obesos, etc. O Estado pode e deve promover política pública de igualdade e respeito, mas não é com cotas e preferências que irá conseguir alcançar este fim; pelo contrário. A realidade dos Estados Unidos mostra claramente a qualquer visitante que a política racial, ainda que sem cotas, não promoveu a integração ou diminuiu o preconceito. Os bairros brancos e bairros negros continuam sendo uma realidade de segregação social e cultural, não obstante os esforços estatais para diluí-la. A imposição legal pode inibir a manifestação por medo, mas não muda o sentimento nem tampouco o pensamento das pessoas. O Estado não deve institucionalizar impositivamente a chamada pedagogia racial ineficiente.

Não obstante muitos dos que defendem a racialização do Brasil abominem a miscigenação, felizmente é uma realidade nas estatísticas brasileiras que revela que os chamados pardos constituem maioria, logo, beneficiar pretos e pardos dentro da categoria “negro” significa excluir do grupo de beneficiários a minoria tida como brancos, o que reflete uma política de exclusão e não de inclusão. O argumento segundo o qual a racialização já existe na prática deve servir para que o Estado adote medidas de ação afirmativa no sentido de banir a racialização e não fazer o contrário, ou seja, institucionalizar a racialização para combater a racialização e discriminação já existente. O problema da educação básica dentre os negros, brancos e pobres deve ser atacado na base com investimentos dirigidos.

As políticas públicas podem beneficiar grupos que necessitam de aceleração para o desenvolvimento, contudo estes grupos devem ser formados por pessoas cuja definição seja passível de critério objetivo, por exemplo, por bairros, por ausência de moradia ou lar, por moradores de rua ou dependentes químicos, por pessoas que não cursaram o ensino médio,

egressos do sistema prisional, aposentados, analfabetos, desempregados, população de baixa renda, etc.. Enfim, situações que possam abranger a todos sem necessidade de se caracterizar por critérios que a própria Constituição Federal proíbe.

2.4.3 Tendências Laborais

Inspirado pelo Decreto n.º 4.228/2002, que criou a Política de Ação Afirmativa com incentivo ao preenchimento de cotas por afrodescendentes nas contratações de serviços públicos, alguns órgãos públicos já seguiram a tendência. Recente Ato n. 752/GDGSET>GP, de 20/11/2012, do Tribunal Superior do Trabalho dispõe sobre a “reserva de vagas para afrodescendentes nos contratos de prestação de serviços continuados e terceirizados, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho”. O ato foi fundamentado no art. 1º, incisos II e IV da Constituição Federal, no artigo 39 da Lei Federal nº 12.288/2010 e nas pesquisas pertinentes que “indicam que a população afrodescendente tem sido excluída ao longo da história de diversos cenários sociais, o que justifica a adoção de políticas afirmativas, a exemplo da reserva de vagas no mercado de trabalho”. O artigo 1º do referido ato dispõe que:

Os editais de licitação para a contratação de empresas para a prestação de serviços continuados e terceirizados, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, conterão cláusula prevendo exigência de que, no mínimo, 5% (cinco por cento), das vagas contratadas sejam provenientes de afrodescendentes, durante toda a execução contratual.

Este ato segue a política de ação afirmativa enunciada no Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), contudo se utiliza do termo “afrodescendente”, enquanto o Estatuto se utiliza da expressão “população negra” autodeclarada. Aparentemente não haveria confusão entre os termos utilizados, todavia o problema está na comprovação da afrodescendência, já que indica filiação, e a expressão “população negra” indica fenótipo, ou seja, aparência, incluindo, segundo o conceito expresso na referida Lei, “conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas”.

Este ato autoriza, indiretamente, as empresas privadas prestadoras de serviços a se utilizarem do critério “afrodescendência” como atributo de admissão. Questiona-se se este tipo de ação afirmativa é compatível com o disposto no art. 7º inciso XXX que dispõe: “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”. Poder-se-ia argumentar que a norma proíbe a utilização do critério “cor” como atributo com efeitos negativos, mas que a norma não proíbe a utilização do critério para beneficiar, compondo o conceito de discriminação positiva ou ação afirmativa. O fato é

que toda discriminação considerada positiva possui o reverso da discriminação negativa, pois a admissão de negros em porcentual implica a exclusão de não negros, e esta estaria vedada pela Constituição Federal, exceto quando há autorização expressa, como é o caso das pessoas com deficiência.

A outra questão que se traz ao debate é a tendência já manifestada no Estatuto da Igualdade Racial segundo a qual o Brasil será institucionalmente racializado, ou seja, as pessoas devem se autodefinir como pertencente a um grupo por cor ou raça, o que vai completamente contra a tendência científica que nega a existência de raças e contra os princípios gerais de igualdade e não discriminação que regem a Constituição Federal Brasileira. No caso das medidas com recortes raciais o maior problema é a racialização da população institucionalizada pelo Estado, ou seja, a raça deve se destacar para se ter o benefício da medida, o que para uns pode ser expressão da cultura, para outros pode caracterizar estigmatização não desejada.

No setor privado, nem mesmo na Índia são permitidas as cotas para admissão em empresas privadas. O 5º da Convenção 111 da OIT declara, ao fixar exceção ao conceito de discriminação por “não considerar discriminatória a adoção de ‘medidas especiais’ de proteção ou assistência de modo a atender a necessidades particulares de pessoas que, por razões associadas a sexo, deficiência, responsabilidades familiares, *status* social ou cultural são reconhecidas como mais necessitadas de proteção ou assistência especial, não inclui o fator raça ou cor”. O art. 7º XXX da Constituição Federal dispõe: “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, cor, idade ou estado civil”. Logo, a constituição é expressa e proibitiva quanto a qualquer tipo de motivação de admissão fundada em cor. A única exceção que faz a Constituição Federal é com relação às pessoas com deficiência, sobre o que se discorrerá em tópico específico.

2.5 COTAS SOCIAIS

Não obstante se tenha notado alguma melhoria no padrão de vida dos brasileiros em geral, nos últimos anos, parece inquestionável que o maior problema do Brasil está na pobreza e na pequena ou nenhuma renda de uma grande parte da população, o que, somado aos problemas de analfabetismo e baixa educação, dificulta o desenvolvimento e a mobilidade social. Neste contexto, além de várias medidas para melhorar a renda e as condições de vida da camada mais pobre da sociedade, algumas Universidades públicas instituíram as cotas sociais, assim denominada a reserva de vagas para os estudantes oriundos das escolas públicas.

As cotas sociais nas Universidades públicas são justificadas pelo paradoxo de que, não obstante públicas e gratuitas estas eram acessíveis, em geral, apenas a estudantes cujas famílias tinham condição para pagar boas escolas particulares. Dada a concorrência, um percentual destes estudantes conseguia ingressar nas universidades públicas e os mais pobres, oriundos das escolas públicas menos qualificadas, não tinham chance de serem aprovados nos concorridos vestibulares. Várias medidas vinham sendo tomadas no sentido de mudar esta realidade, até mesmo a promoção de cursinhos pré-vestibulares para alunos de escolas públicas.

De fato, é um paradoxo decorrente do sistema de vestibulares em que são aprovados alguns dos que estudam nas escolas particulares e ingressam nas universidades públicas, onde estudam gratuitamente, mesmo sem necessidade financeira. Contudo, não é apenas este fator que precisa ser mudado nas universidades públicas brasileiras, se for considerada a situação precária dos prédios que as abrigam e a remuneração dos professores, o que levou a uma greve de 4 meses em 2012 nas universidades públicas federais. O governo gasta muito, remunera mal e as universidades públicas servem, no geral, a quem pode pagar. O modelo é inadequado como um todo, está comprometido e a quebra da meritocracia não é a melhor opção para resolver este dilema

É possível mencionar outros modelos que poderiam servir de paradigmas ao Brasil, como por exemplo, o modelo alemão, no qual os estudantes são selecionados por mérito já no final do equivalente ao nosso ensino fundamental, em que os melhores vão para os *gymnasium*, caminho para a universidade, e os demais vão para as escolas técnicas profissionalizantes. Outro modelo de acesso à universidade é o da UBA Universidade de Buenos Aires, na qual o aluno se matricula em um curso preparatório, ao vivo ou *on line* e tem que ser aprovado em determinadas provas correspondentes às matérias obrigatórias aos cursos que pretende cursar, em média seis. Estes exames são aplicados semestralmente por disciplinas; conforme o aluno vai sendo aprovado, vai eliminando a matéria e vai cumprindo os requisitos para ingressar na universidade. Logo o aluno pode ser admitido em 6 meses ou em 3 anos, dependendo da sua capacidade de aprovação gradativa em cada disciplina. Outro modelo interessante é o modelo de admissão dos Estados Unidos, que leva em consideração toda a vida escolar do aluno, mais a nota do SAT – *Scholastic Assessment Test*, as atividades de que participou como trabalhador ou voluntário, os prêmios recebidos, empreendedorismo, habilidades para esportes, etc. Não havendo universidades gratuitas, dispõem sistemas de bolsas para os alunos necessitados.

No campo universitário, a África do Sul, além da reparação por problemas raciais, tem direcionado sua política de ação afirmativa ao capital humano e à inclusão sob uma abordagem mais coletiva e menos racializada, no sentido de melhor aproveitamento para o crescimento econômico e solução dos problemas graves do país. No sentido de capital humano se enfoca o aproveitamento de jovens de talento que não tiveram oportunidade de se desenvolver em razão da discriminação do passado ou do presente, e a vocação de jovens mais comprometidos com áreas desfavorecidas²²⁴.

Introduzindo um tipo de ação afirmativa diferente das cotas, mas com característica de bônus, a USP estabeleceu o Programa de Inclusão Social – Includ²²⁵, que tem como objetivo ampliar o número de alunos oriundos de escolas públicas nesta Universidade em que se optou por acrescentar um percentual de 3% a 15% sobre a nota dos estudantes provindos de escola pública de ensino médio. Com o bônus, a taxa de aprovação dos beneficiários subiu 12% até 2009. Juntamente com esta medida, o estudante fica isento da taxa de inscrição para vestibular, contudo o número de inscritos tem se mostrado inferior ao número de isenções oferecidas. Em pesquisa feita com alunos da USP que ingressaram com o auxílio do bônus, constatou-se que tinham dificuldade de acreditar na possibilidade de cursar uma universidade pública e por isto resistiam a se inscrever no vestibular. Estes resultados demonstram a importância do incentivo e do estímulo. Este sistema de bonificação, não obstante utilize o critério preferência, tende a manter a valorização da capacidade e esforço dos candidatos e não quebra integralmente a seleção por meritocracia e capacidade.

Os exemplos acima servem para mostrar que o sistema de cotas não é o único indicado para incluir estudantes capacitados e necessitados nas universidades brasileiras, ainda sem considerar o Prouni, que é dirigido ao ingresso nas universidades privadas. As cotas consideraram sexo, cor, raça, origem, situação econômica, etc., como atributos de direito, enquanto outras medidas de ação afirmativa, como, por exemplo, cursos preparatórios direcionados podem levar em conta estes mesmos fatores para a capacitação e habilitação na concorrência com os demais candidatos nas mesmas condições, neutralizando as desvantagens advindas da educação deficitária e valorizando o interesse e esforço individuais. (do candidato). Desta forma, promove-se a igualdade material sem romper com a igualdade de tratamento e sem estigmatizar aqueles que ingressam pelas cotas como menos capazes; pelo contrário, os estudantes que forem aprovados por esforço próprio, mesmo tendo tido uma educação básica

²²⁴ SILVA, Graziella Moraes Dias. Ações Afirmativas no Brasil e na África do Sul. www.scielo.br. Acesso 11/12/2012.

²²⁵ Disponível em www.fuvest.br. Acesso em novembro 2012.

deficiente, tendem a ser mais valorizados do que aqueles que estudaram em escolas de alta qualidade.

Os argumentos em defesa das cotas estão mais voltados para o ideal de igualdade material do que para a eficácia do instrumento para o fim ao qual se destina. Não obstante os argumentos utilizados para justificar as cotas para acesso às universidades públicas sejam “importados” dos Estados Unidos, o modelo de admissão nas universidades norte-americanas é completamente diferente do brasileiro e as universidades daquele país não são gratuitas.

As cotas são genéricas e não consideram as peculiaridades tanto de quem oferece como de quem se aproveita, ou seja, não prevêm a análise dos destinatários, causando inadequação entre o que se é fornecido e o que se é viável e adequado, como por exemplo, em caso de universidades, onde há reserva de vagas em cursos que não despertam nenhum interesse entre os beneficiários e acabam por prejudicar os interessados que não integram o grupo eleito como destinatário. Outro exemplo, no caso do Brasil, é a escolha do critério “estudantes oriundos do ensino médio nas escolas públicas”, o que pode dar margem a várias injustiças; já muitos alunos de classe baixa estudam em escolas particulares por sacrifício dos pais e outros, de classe alta estudam em boas escolas públicas, como é o caso das escolas militares. As cotas cegas poderão levar a alunos de classe alta a se matricularem em escolas públicas e a fazerem cursinhos preparatórios para assim ocuparem as vagas das cotas que não requeiram renda familiar de até 1,5 salário mínimo.

Acima de tudo, as cotas, ainda que com cunho social, contrariam o bom senso. Para se desenvolver, qualquer criança deve evoluir por seus próprios esforços, aproveitando as oportunidades. As cotas não são oportunidades, mas concessões que atropelam as oportunidades. Para combater a pobreza e promover a igualdade e ascensão social, o Estado deve adotar meios eficientes de igualação até o ponto de partida por meio da mobilização afirmativa e viabilizando os estudos e pesquisas daqueles que conseguem, já que a pobreza não é obstáculo intransponível para se atingir a igualdade.

2.6 COTAS PARA INDÍGENAS

A fixação de cotas não tem se mostrado ação afirmativa adequada e eficiente, não obstante seja a mais utilizada no Brasil. No que se refere aos indígenas, parece assumir que todos os problemas de diferenças culturais entre os índios e seus descendentes e a inserção destes nos padrões culturais do restante da sociedade já foram solucionados e o único problema

é a dificuldade do acesso dos indígenas às universidades públicas, o que ficará resolvido com as reservas de vagas para eles, por meio de cotas cegas na proporção da contagem destes nas Unidades Federativas. Seria simples, se fosse verdade. Se, por um lado, as cotas para os indígenas podem significar a aceleração do acesso à determinado grupo já vivendo com hábitos dos demais brasileiros, por outro lado, pode ser mais uma expressão da hegemonia dos não indígenas em desrespeito ao conhecimento e saber dos indígenas.

Não obstante os indígenas tenham o que aprender nas universidades públicas brasileiras, parece que estas deveriam ter programas paralelos e adequados de ação afirmativa nos quais os indígenas tivessem também a oportunidade de ensinar aos demais estudantes e professores o conhecimento e a experiência que adquiriram por aprendizado com a natureza e com seus antepassados. Tanto a medicina como outras ciências perdem por não aproveitar o conhecimento dos indígenas no tocante às ervas medicinais e outras propriedades da natureza. A língua acaba por ser um obstáculo para a transmissão recíproca de conhecimento, o que pode levar as universidades a desenvolverem programas muito mais eficientes do que oferecer chance para que os indígenas sejam aculturados e se submetam à cultura padronizada dentro da sociedade, como pregavam os jesuítas sobre catequização e civilização.

Algumas universidades²²⁶ já fixavam cotas para indígenas e a Lei nº 12.711 de 29 de agosto de 2012 que fixou cotas de ingresso nas Escolas Técnicas e Universidades Federais destacou em seu artigo 3º um percentual dentro da reserva de vagas para pretos, pardos e indígenas em conformidade com a estatística do IBGE daqueles autodeclarados como tais, dentro da unidade federativa na qual se estabelece a universidade.

A questão maior sobre a adequação ou não de cotas aos índios é a possibilidade de eles usufruírem destas cotas diante do número de indígenas que conclui o ensino fundamental e médio. A escolarização dos indígenas com o respeito à cultura deve levar em conta a sua alimentação tradicional, a contratação de professores bilíngues e práticas pedagógicas que levem em conta o contexto cultural em que os indígenas vivem, para que se lhes garanta uma educação diferenciada levando em consideração a valorização dos conhecimentos e dos saberes tradicionais dos povos. A priorização de professores indígenas auxilia a afirmação e a manutenção da diversidade étnica e cultural. Quantos indígenas concluíram o ensino médio e estão aptos a ingressar e permanecer na universidade? Seria uma conta de ilusão?²²⁷.

²²⁶ Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul.

²²⁷ GARLET, Marinez; GUIMARÃES, Gleny, BELIINI, Maria Isabel Barros. Cotas para estudantes indígenas: inclusão universitária ou exclusão escolar? <http://revistaseletronicas.pucrs.br>. Acesso 11/12/2012.

O art. 210 da Constituição Federal assegura o respeito aos valores culturais, artísticos nacionais e regionais na formação básica do ensino fundamental e acrescenta em seu § 2º - “O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem”. As comunidades indígenas possuem suas próprias normas e formas próprias de organização familiar e da comunidade, logo, a escola deve considerar o conteúdo ensinado e a cultura de origem dos alunos.

As ações afirmativas a serem adotadas para a população indígena devem ser voltadas às peculiaridades e interesses de cada comunidade e com política pública a ser formulada com a participação desta, para que o Estado social cumpra a constituição sem desrespeitar a cultura e os interesses da comunidade.

2.7 COTAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

As pessoas com deficiência devem receber tratamento especial em razão das características limitativas se considerada a forma que a sociedade é estruturada.

As medidas de ação afirmativa para pessoas com deficiência possuem justificativa histórica que remonta aos bárbaros nômades, os espartanos, os romanos e outros que eliminavam as crianças com deficiência em rituais religiosos ou com apoio legal, conforme previa a própria lei romana das XII Tábuas. Na Idade Média estabeleceu-se a crença de que a deficiência era fruto do pecado, tanto dos pais que geravam os filhos com essas condições, quanto à pessoa que adquiria deficiências ao longo da vida; a única forma de redenção do pecado seria a caridade ou a penitência religiosa. É nesse momento da história que se generaliza a ideia de isolamento das pessoas com deficiência em instituições beneficentes sustentadas pelo óbolo redentor²²⁸.

As guerras que levaram à mutilação de vários cidadãos tornando-os deficientes físicos também justificam a necessidade de ações afirmativas em benefício destes. O mesmo pode se afirmar com relação a pessoas com deficiência vitimadas por acidentes, inclusive do trabalho e por enfermidades.

²²⁸ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional da pessoa com deficiência: um ato de coragem. In FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19-31.

As medidas de ação afirmativa são previstas por diversas convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, até mesmo pela mais recente Convenção Internacional da ONU sobre Direitos da Pessoa com Deficiência. Conforme item 5 do Capítulo VI já dedicado a este tema, as normas internacionais são incisivas quanto ao direito de habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência para que possam obter, conservar e progredir no emprego conforme previsão expressa da Convenção 159 da OIT.

A Convenção da ONU sobre os direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo Brasil, promulgada pelo Senado Federal em 09 de julho de 2008 com *status* de Emenda Constitucional, conta com um artigo dedicado ao trabalho e emprego. O artigo 1º define pessoas com deficiência: “são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva em igualdade de condições com as demais pessoas”. O artigo 3º traz os princípios que sustentam a Convenção, dentre eles o da “não-discriminação” e o da igualdade de oportunidades. O Decreto nº 6.949/2009 promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinado em Nova York, em 30/03/2007.

O artigo 27º dedicado ao trabalho e emprego dirige aos Estados comando no sentido de salvaguardar e promover a realização do direito ao trabalho, até mesmo daqueles que tiverem adquirido a deficiência no emprego, com o fim de proibir a discriminação, proteger os direitos em igualdade de condições, também em iguais oportunidades e igual remuneração por trabalho de igual valor, empregar pessoas com deficiência no setor público; e ainda promover o emprego de pessoas com deficiência no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas, que poderão incluir programas de ação afirmativa, incentivos e outras medidas.

A presente Convenção corrige qualquer tendência legislativa meramente tutelar e assistencialista anteriormente dirigida às pessoas com deficiência para reconhecer os direitos civis destas de tal forma que se viabilize o exercício dos direitos à educação, à locomoção, ao trabalho e ao lazer em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. O art. 2º da Convenção inova na definição de importantes institutos para orientar a interpretação e aplicação, tais como: comunicação, língua, discriminação por motivo de deficiência, adaptação razoável e desenho universal²²⁹.

²²⁹ Decreto n.º 6.949/2009.

As normas internacionais não fazem referência ao tipo de ação afirmativa que deve ser adotado deixando aos Estados a discricionariedade na escolha das medidas que elegerem como mais adequadas. A Constituição Federal brasileira de 1988 dispõe de vários dispositivos com o objetivo da integração social das pessoas com deficiência. O art. 203 IV prevê – “a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária”. Nesta esteira, a Constituição Federal garante às pessoas com deficiência o direito ao trabalho ao dispor no art. 7º, inciso XXXI a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”.

Visando à efetividade do direito ao trabalho a Constituição Federal adotou o sistema de reserva de vagas ou cotas para cargos e empregos públicos, remetendo à lei a reserva do percentual. O art. 37º que dispõe: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: VIII – “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

O art. 37º e seguintes do Decreto 3.298/99 regulamentam a participação dos deficientes físicos em concurso público para cargos compatíveis com a deficiência, especificando a reserva de percentual mínimo de 5% das vagas àqueles. O art. 38º exclui os cargos em comissão ou função de confiança de livre nomeação e exoneração e cargo e emprego público integrante de carreira que exija aptidão plena do candidato. O art. 39º IV prevê a necessidade de apresentação, no ato da inscrição, de laudo médico atestando a espécie, grau e nível de deficiência, e o art. 43º trata da necessidade de equipe multiprofissional de apoio durante a realização do concurso e avaliação dos aprovados durante o estágio probatório.

A Lei Federal 8.112/90 em seu art. 5º § 2º dispõe: “Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservados até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso”. O Decreto 3.298/99 regulamenta a forma de realização do concurso e veda à autoridade competente obstar a inscrição para ingresso em carreira da Administração Pública Federal direta e indireta. O mesmo Decreto prevê que equipe multiprofissional deve criar condições para o candidato com deficiência realizar a prova e, se aprovado, desempenhar a função

escolhida no estágio probatório para que seja avaliado em igualdade de condições com os demais.

Nos editais de concurso deve conter reserva de vagas para pessoas com deficiência, não admitindo, a jurisprudência²³⁰, o julgamento prévio da compatibilidade do exercício da função com a deficiência; a análise da compatibilidade deve ser em concreto após a inscrição do candidato, para efeito de deferimento desta e durante o estágio probatório, conforme avaliação de equipe multiprofissional.

A reserva de vagas ou cotas prevista na Constituição Federal para acesso das pessoas com deficiência aos cargos públicos expressa o reconhecimento da dificuldade destas pessoas de concorrerem em condição de igualdade com os demais candidatos diante das limitações inerentes, o que requer medidas especiais de adaptação, não apenas para a participação nos concursos, mas também para o exercício da função. A exceção ao princípio da não discriminação se justifica por diferenças físicas, mentais e biológicas que constituem atributos que as políticas de ação afirmativa, não obstante a eliminação de barreiras arquitetônicas por meio da adoção do desenho universal, não poderão remover, o que justifica a política de cotas.

O direito ao trabalho das pessoas com deficiência deve vir acompanhado de outros direitos básicos que o viabilize. No que concerne à formação, habilitação e qualificação de pessoas com deficiência o Brasil está andando a passos lentos. Em 1854 Dom Pedro II criou o Imperial Instituto dos Meninos Cegos, hoje, Instituto Benjamim Constant (IBC) e no ano de 1857 deu-se a fundação do Imperial Instituto de Surdos e Mudos, o atual Instituto Nacional de Educação de Surdos. O modelo de escola especial, não obstante tenha atendido uma pequena parcela do grupo de cegos, surdos e mudos gerou, como efeito colateral, a privação da sociedade de conviver com as pessoas com deficiência. Diante desta constatação, na década de 90 inaugurou-se o paradigma da inclusão social²³¹.

O Brasil conta com alguns convênios para treinamento de pessoas com deficiência junto aos Serviços Nacionais de Aprendizagem e Organizações Não-Governamentais especializadas. A Lei n.º 11.096/2005, que instituiu o Prouni – Programa Universidade para Todos, em seu art. 2º -II destina bolsa de estudo a estudante portador de deficiência. A Lei n.º 12.711/2012, que reserva vagas para estudantes oriundos das escolas públicas e, dentre estas,

²³⁰ RCL 14145 e RE 676335 do STF.

²³¹ BONFIGLIO, Renata; RAMALHO, Ivo Cleiton de Oliveira. As Políticas de Capacitação das Pessoas com Deficiência e sua Inclusão no Mercado de Trabalho Brasileiro. Revista do Tribunal do Trabalho da 2ª Região, n.º 10, São Paulo, 2012, p.61-68.

reserva cota para pretos, pardos e indígenas, não contemplou as pessoas portadoras de deficiência.

O Decreto 7.612/2011 instituiu o Plano Nacional das Pessoas com Deficiência – Viver sem Limite – no qual o Governo Federal ressalta o compromisso do Brasil com as prerrogativas da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência com o objetivo de articular políticas governamentais de acesso à educação, inclusão social, atenção à saúde e acessibilidade. A meta do Programa é oferecer 150 mil vagas de cursos de qualificação para o seguimento com o fornecimento de Bolsa-Formação, que garante aos beneficiários, alimentação, transporte e material necessário²³².

Observa-se que a política pública destinada à formação profissional das pessoas com deficiência surge após 22 anos de vigência da Constituição Federal que instituiu a reserva de vagas para cargos públicos, e 20 anos após a vigência da Lei n.º 8.213/91 que instituiu cotas para a empresa privada. Este atraso tem ocasionado algumas dificuldades práticas para efetividade do direito, dentre estas, o preenchimento das vagas, a adaptação necessária ao trabalho, além de divergências quanto as frações na aplicação do percentual e quanto a definição do grau de deficiência para a adoção da condição de obter a tutela especial. Algumas questões quanto à visão monocular ou à audição por apenas um ouvido são enfrentadas pelo judiciário brasileiro no tocante ao enquadramento destes candidatos na categoria especial, o que vem sendo abordado pela jurisprudência. A ampliação do rol dos atributos considerados como deficiência pode facilitar o preenchimento das cotas, mas, por outro lado, pode excluir pessoas que teriam maior dificuldade de ingressar no mercado de trabalho por maiores limitações em razão das barreiras da sociedade.

2.7.1 Cotas para empresas privadas

A Lei 8.666/93, denominada “Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos”, dispõe em seu art. 24º:

Art. 24. É dispensável a licitação: XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

A hipótese de dispensabilidade de licitação por associação de portadores de deficiência física, desde que atendidas às condições da regra,

²³² Disponível em: www.brasil.gov.br. Acesso dezembro/2012.

significa o acolhimento, no Direito infraconstitucional, de tratamento favorecido em razão da situação peculiar de marginalização e dificuldades socioculturais com repercussões econômicas a que se sujeitam os associados da entidade descrita²³³.

Esta norma cria ação afirmativa em favor da empregabilidade das pessoas com deficiência por meio da contratação sem licitação de associação de portadores de deficiência física. Trata-se, portanto, de um tipo de medida de ação afirmativa diversa da reserva de vagas ou cotas.

Conforme já disposto nos itens anteriores, o permissivo legal do art. 37 – VIII, no tocante à reserva de vagas se aplica exclusivamente às pessoas com deficiência, não permitindo aplicação analógica para qualquer outro grupo sem a devida previsão constitucional. A eleição constitucional das pessoas com deficiência como beneficiários de reserva de vagas em cargos públicos permitiu a constitucionalidade da Lei n.º 8.213/91 que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social. Em sua seção VI trata “os serviços” e a subseção II, trata da “habilitação e reabilitação profissional”. O art. 93 dispõe sobre o dever das empresas com 100 ou mais empregados de preencher de 2% a 5% dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência habilitadas. O parágrafo primeiro condiciona a dispensa destes profissionais à contratação de substituto em condição semelhante e o parágrafo segundo determina ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social que gere estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados²³⁴.

O referido artigo reflete a intervenção estatal no direito empresarial de contratar, justificada pela finalidade de propiciar a empregabilidade das pessoas com deficiência.

²³³ ROCHA, Cármen Lúcia. Ação Afirmativa: O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. In: Revista Trimestral de Direito Público, nº 15, 1996.

²³⁴ Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....	2%;
II - de 201 a 500.....	3%;
III - de 501 a 1.000.....	4%;
IV - de 1.001 em diante.	5%.

§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

§ 2º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados.

O art. 93 da referida Lei fundamenta, nos últimos anos, o maior índice de judicialização de demandas na Justiça do Trabalho brasileira no que concerne ao tema cotas. Os questionamentos são pertinentes à interpretação e aplicação do referido artigo em razão de Ações Civis Públicas ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho e das ações de nulidade de multas decorrentes de autuação pelos auditores do Ministério do Trabalho em razão do descumprimento desta norma. As principais defesas são fundamentadas nas alegações de insuficiência de pessoas com deficiência e aptas ao trabalho, disponíveis para a contratação. Saliente-se que muitas ações tratam do pedido de estabilidade de empregado dispensado sem a prova de que foi contratado substituto em igual condição no lugar, o que demonstra a tendência da individualização de uma garantia cujo objetivo é a proteção coletiva do grupo.

A fixação de cotas cegas, genéricas e obrigatórias para admissão de pessoas com deficiência nas empresas privadas não se projetou como medida suficiente para atender o fim ao qual a norma se destina, já que não houve implementação de uma política de habilitação e capacitação das pessoas com deficiência para suprir a demanda do mercado de trabalho. A autuação das empresas com fixação de multas pelo Ministério do Trabalho não alcança o cumprimento da norma, pois a punição nem sempre altera a realidade, a tendência é discutir judicialmente as multas e não efetuar a contratação. Em algumas situações as empresas ignoram a norma, em outras, entendem incompatível com a atividade econômica que desenvolvem ou alegam a indisponibilidade de pessoas deficientes habilitadas e qualificadas para o trabalho. A falta de política pública de formação e incentivo às empresas para a formação destes profissionais dificulta a aplicação efetiva da norma.

A exigência genérica da lei, independentemente do tipo de atividade e sem prazo para cumprimento, com fiscalização pelo resultado gerou a contratação de várias pessoas com deficiência, contudo parece que a norma não alcança plenamente o fim ao qual se propõe quanto à integração social dos destinatários. A contratação pura e simples não demonstra o comprometimento para com a sociedade no tocante à inclusão profissional, o que requer a participação das empresas e suas fundações na capacitação das pessoas com deficiência por meio de programas inclusivos incentivados para propiciar não apenas a empregabilidade, mas a ascensão profissional, realização e plena integração social.

Não obstante as cotas para pessoas com deficiência sejam constitucionais, podem ser complementadas com outras medidas de ação afirmativa que auxiliem no cumprimento da

finalidade da norma, dentre estas o sistema de metas e cronogramas, que pode ser adotado pelo Ministério Público do Trabalho por meio dos Termos de Ajuste de Conduta – TAC.

Em atuação com a Procuradoria Regional do Trabalho da 9ª Região, o então Procurador Regional do Trabalho, hoje Desembargador Federal do TRT da 9ª Região Dr. Ricardo Tadeu Marques da Fonseca firmou com a empresa HSBC Bank Brasil S. A., Termo de Ajustamento de Conduta²³⁵, no qual a empresa se comprometeu a oferecer 640 horas de treinamento em atividades teóricas e práticas a pessoas com deficiência com a efetivação da contratação dentro do percentual legal. Comprometeu-se, ainda a investir seis milhões de reais no curso de seis anos em mobiliário e equipamentos adequados a atividades de pessoas com deficiência. Outro TAC²³⁶ paradigmático foi o firmado com empresa Sadia S. A. sob a mediação do então Procurador junto à 9ª Região, pelo qual a empresa se comprometeu a atingir sua cota mínima em quatro anos, conforme cronograma elaborado pela própria empresa com a formação e capacitação em parceria com o sistema “S” e entidades não governamentais, incluindo contratos de aprendizagem. Nestes casos as cotas serviram de mecanismo para que as empresas participassem da elaboração de um plano de metas e cronogramas para cumprir o objetivo da norma que é a capacitação e inserção das pessoas com deficiência nos postos de trabalho com a devida qualificação.

3 METAS E CRONOGRAMAS

A afirmação de inadequação das cotas para o Brasil requer a sugestão de um sistema mais adequado e eficiente. O sistema de metas e cronogramas é inspirado no sistema *goal and timetable* como expressão das denominadas ações afirmativas nos Estados Unidos e no sistema *diversity management e employment equity*, vigente no Canadá.

Desde 1995, com a aprovação do *Equal Employment Act* no Canadá, os empregadores passaram a ter a obrigação de informar à Comissão de Recursos Humanos a representação na força de trabalho dos quatro grupos beneficiários (mulheres, minorias visíveis, pessoas portadoras de deficiência e indígenas) nos diversos tipos de ocupação e faixas salariais. No Canadá os empregadores têm a obrigação elaborar planos com metas e cronogramas estabelecendo patamares em relação aos quais se possam medir o progresso referente aos

²³⁵ TAC nº 119/07 Procedimento Investigatório 615/97 Procuradoria Regional do Trabalho da 9ª Região.

²³⁶ TAC nº 444/08 Inquérito Civil 266/98 Procuradoria Regional do Trabalho da 9ª Região.

objetivos fixados na promoção da diversidade. Após o prazo pré-fixado, os empregadores devem informar as medidas adotadas e os progressos obtidos.

Pede-se aos empregadores que façam progressos “razoáveis” e demonstrem esforços “razoáveis” para a implementação dos planos. O objetivo não é submeter os empregadores a pressão desnecessária, forçando-os a contratar ou promover trabalhadores não-qualificados, mas garantir que dêem passos decisivos para a promoção da igualdade no emprego”²³⁷.

Ao colocar os objetivos no plano, o EEA pede aos empregadores que tenham em mente os seguintes fatores: o nível de sub-representação de cada grupo em cada categoria de ocupação; a disponibilidade de pessoas qualificadas dos grupos designados tanto no ambiente de trabalho como no conjunto da força de trabalho no País; a previsão de aumento ou diminuição do pessoal no período para o qual os objetivos numéricos estão sendo estabelecidos; e a previsão da rotatividade de pessoas entre o conjunto de empregados em relação ao qual os objetivos numéricos se aplicam²³⁸.

O sistema de metas e cronogramas tem como característica principal o planejamento da equidade elaborado pela própria instituição, pública, mista ou privada, com fixação de meta de porcentual de inclusão, grupos de beneficiários, as etapas a serem cumpridas, os objetivos e o prazos para execução. Este planejamento pode ser elaborado com a participação de entidades sindicais, associativa ou organizações não governamentais e será apresentado a uma Comissão vinculada à Secretaria Nacional de Recursos Humanos que fará a avaliação e aprovação, segundo critérios de razoabilidade das metas e cronograma em vista do objetivo da inclusão. Os beneficiários do planejamento podem ser eleitos por diversas razões, desde que não se adotem critérios discriminatórios proibidos por lei.

Os grupos podem ser compostos, por exemplo, em razão do desemprego por encerramento de atividades empresariais, habitação em determinada região, ex-presidiários, comunidades alijadas, substituição da mão de obra por tecnologia (por exemplo, trabalhadores em canaviais), menores aprendizes, pessoas com deficiência, os sem-terra, sem-teto, expropriados, etc. O plano deve conter o prazo de implantação e as etapas que incluam a formação e qualificação de pessoas, inserindo convênios com cursos especializados, bem como bolsas ou seguro desemprego para o sustento durante a formação e posterior empregabilidade e ascensão profissional.

²³⁷ TOMEI, ob. cit. p.19.

²³⁸ Idem.

A avaliação será feita pela mesma Comissão e deverá ser periódica, para atestar o cumprimento do plano ou os ajustes necessários, dependendo dos fatos supervenientes. O cumprimento do plano será certificado para efeito de contratação de serviços e obras públicas, dedução fiscal, empréstimos em instituições bancárias de desenvolvimento, *marketing* inclusivo, etc. No que concerne às universidades, os planos podem criar cursos intermediários compatíveis com as necessidades regionais e a vocação local, e estabelecer critérios de admissão diversos dos vestibulares, como projetos de trabalho, prestação de serviços em determinadas comunidades, histórico de vida, etc. As empresas privadas podem patrocinar cursos de formação e estágios dentro da própria universidade, por meio de parcerias público-privadas utilizando-se do conhecimento científico, de professores, espaço público, laboratórios, bibliotecas, etc., remunerando os estudantes pesquisadores dentro das universidades por meio de bolsas de estudo, conforme interesse específico da empresa.

Diferentemente das cotas que possuem posição binária de inclusão por exclusão, as metas exploram alternativas diante das necessidades e peculiaridades incluindo, sem necessariamente excluir, abrangendo pretos, pardos e orientais sem exigir que se autodeclarem por critérios raciais ou de cor. O modelo de metas e cronogramas possui diferenças fundamentais se comparado às cotas. A análise comparativa tem como objetivo fornecer parâmetros para se edificar um sistema de metas estruturado pela: constitucionalidade, adequação, eficiência, proporcionalidade e efetividade como forma de medidas de ação afirmativa.

3.1 CONSTITUCIONALIDADE

Como já descrito nos capítulos anteriores, as medidas de ação afirmativa, em geral, são compatíveis com os Tratados e Convenções ratificados pelo Brasil, bem como com a Constituição Federal; contudo, nem todo tipo de ação afirmativa é constitucional. A medida em concreto deve se submeter ao controle de constitucionalidade em razão dos demais direitos e garantias constitucionais. A Constituição Federal brasileira garante expressamente a igualdade de tratamento e a não discriminação, trazendo uma exceção no tocante às pessoas com deficiência; logo, a fixação de cotas com base em raça, cor ou gênero representa tipo de ação afirmativa preferencial não permitida pela Constituição Federal. Saliente-se que, no que concerne à medida especial de inclusão das mulheres nos partidos políticos, trata-se de mobilização afirmativa de incentivo à participação política das mulheres, o que não significa cotas ou reserva de cargos, pois caberá ao eleitor democraticamente escolher os candidatos que

ocuparão os cargos, podendo ser todos homens ou apenas mulheres, ou ambos na proporção dos eleitos.

Conforme se afirma aqui, a fixação de cotas para admissão em cursos regulares nas universidades é inconstitucional, pois afronta o critério constitucional de acesso às universidades conforme a capacidade de cada um, já que eliminam pessoas que demonstram maior capacidade segundo critério adotado para todos. No tocante à admissão no trabalho em cargos públicos ou privados, afronta a proibição expressa à utilização de raça ou cor, como critério de admissão.

O programa de metas tem como núcleo um planejamento estratégico inclusivo que não afronta a igualdade de tratamento ou a seleção pela maior capacidade demonstrada no sistema de avaliação adotado. As metas e cronogramas visam a maior índice de inclusão de pessoas agrupadas sobre outras bases que não os critérios constitucionalmente proibidos, como fator de discriminação. As metas podem incluir pela quebra de paradigmas sem necessariamente excluir os que demonstram maior capacidade, em razão de critérios com base em gênero, cor ou raça, mas que não são admitidos por não conterem as características dos beneficiários dos grupos eleitos pelos que deliberam a inclusão.

3.2 ADEQUAÇÃO

Parece incontroverso que os maiores problemas do Brasil estejam centrados na pobreza, na educação, principalmente básica e fundamental, e na qualificação profissional, técnica ou superior. Partindo desta realidade, as medidas de ação afirmativa devem estabelecer metas adequadas para atacar estes problemas envolvendo até mesmo as universidades nestes propósitos. Não é razoável criar cotas para indígenas, se os indígenas não preenchem os requisitos básicos exigidos para ingressar na universidade. Os programas de formação devem ser compatíveis com a cultura, formação e conhecimento natural adquirido com a natureza e com seus ancestrais.

O Brasil tem características regionais que requerem medidas específicas de acordo com a população, com a atividade econômica desenvolvida e com a demanda de mão de obra, seja marítima, agropecuária, extrativista ou industrial. As peculiaridades culturais influenciam nas características da população e despontam como aptidão vocacional pelo ambiente em que se vive. Crianças criadas à beira-mar, naturalmente terão mais facilidades em exercer atividades ligadas ao mar do que dentro da indústria e assim por diante.

O ingresso na universidade desconectado com o potencial regional e a vocação não é medida de ação afirmativa adequada aos Brasileiros. A diversidade não se faz com personagens e graus de escolaridade, mas, sim, com a construção do saber oriundo das mais diversas fontes. As universidades podem abrir as portas e vagas para cursos que recebam os brasileiros dentro da necessidade de cada região. Por exemplo, a Petrobrás requer pessoas formadas em áreas específicas que as universidades não formam, a qualificação específica pode ser oferecida mediante convênios de cooperação e capacitação profissional com as empresas. As cotas cegas e genéricas não permitem as especificidades nem valorizam os talentos ou a demanda regional, oferecem, muitas vezes, oportunidades inadequadas e não bem aproveitadas pelos potenciais beneficiários.

3.3 EFICIÊNCIA

A eficiência ocorre quando a medida adotada atinge o resultado planejado com qualidade. As metas possuem maior grau de eficiência por contarem com a participação dos envolvidos no planejamento, o que reflete a previsibilidade orçamentária, características da atividade, viabilidade, adversidades, ajustes e a execução das medidas, além do comprometimento de quem as formulou, com resultado estipulado. Caberão ao gestor governamental o acompanhamento do programa e a certificação dos resultados como desafios para os autores do planejamento. A participação no programa deve satisfazer vários interesses, cujos meios de consecução cabem aos participantes, de forma a estimular tanto os que promovem a inclusão quanto aos beneficiários que terão oportunidades com o planejamento.

Em uma análise comparativa no tocante ao gerenciamento para a diversidade dos recursos humanos, Manuela Tomei, citando Taggar, S. e Sowell, conclui que há países em que a ação é voluntária, depende das decisões pessoais do empregador. Em outro extremo aqueles países que buscam a igualdade no emprego por meio de exigências rígidas e estritas, na forma de cotas, como a Malásia e no setor público da Índia, o sistema pode resultar em perdas tanto para os beneficiários quanto para os grupos não designados pela falta de incentivo pelo melhor desempenho. Os grupos beneficiários podem se sentir menos motivados a desenvolver suas habilidades, esperando a criação de regras que os favoreçam. Do mesmo modo, pessoas não beneficiárias podem considerar inútil trabalhar no máximo do seu potencial, já que as oportunidades podem ser oferecidas a pessoas dos grupos designados²³⁹.

²³⁹ TOMEI, Manuela, ob. Cit.p.37-38.

Diferentemente das cotas que são impostas, as metas criam as medidas compatíveis com as atividades da empresa e com tempo suficiente para a implantação, o que aponta para melhor resultado. Permite, por exemplo, que as empresas definam ou gerem atividades que possam ser exercidas por pessoas com deficiência e criem formas de adequá-las ao trabalho, contribuindo com solidariedade e aceitabilidade dentro do grupo, o que difere da cota em que a empresa contrata por obrigação sob pena de pagar multa, mas não atribui qualquer função gratificante, não atingindo os objetivos da norma. Interessante notar que a multa não reverte para investimentos em favor da capacitação do grupo que se quer incluir.

3.4 PROPORCIONALIDADE

Enquanto o sistema de cotas é desproporcional ao resultado que alcança, já que quebra o conceito de igualdade para conseguir desigualdades internas entre os próprios grupos, e no caso do viés racial, racializa o país para incluir uma pequena minoria dentre os membros em um espaço específico da sociedade, o sistema de metas alcança progressos gradativos e vai suplantando patamares em rumos aos objetivos igualitários sem romper com a igualdade de tratamento e sem institucionalizar a obrigação do cidadão a se classificar pela cor.

O Estado deve criar maneiras mais efetivas de enfrentar os principais problemas do País sem utilizar meios de segregação como, por exemplo, dividir os estudantes e trabalhadores entre “cotistas” e “não cotistas”. As cotas são aparentemente mais fáceis e menos dispendiosas para se implementar, mas, com um alto preço a pagar quanto aos valores que a sociedade vai assimilar. As cotas podem, sim, colocar alguns poucos negros nas universidades públicas, mas estes mesmos e outros negros podem ingressar nas universidades e no mercado de trabalho sem que todos os brasileiros tenham que pagar o preço da estigmatização. As cotas não atingem o principal objetivo da nação brasileira, que é construir uma sociedade sem discriminação ou preconceitos; pelo contrário, existe acentuado risco de as cotas aumentarem o preconceito e a discriminação, contrariando o fim maior previsto na Constituição Federal.

As metas são especificadas com resultados concretos; o planejamento deve conter quem se vai incluir, como e quando, especificando de que forma os meios eleitos vão atingir os fins programados, justificando a escolha e neutralizando ao máximo as adversidades. O sistema de metas permite avaliação específica e periódica, o Estado age em concreto e não genericamente sem medir os resultados efetivos.

3.5 EFETIVIDADE DO SISTEMA DE METAS E CRONOGRAMAS

A efetividade implica a realização do que se propõe. Pela cultura brasileira, uma primeira análise leva à conclusão que o sistema de cotas é mais efetivo, pois é obrigatório e está sob pena de multa ou execução por meio do processo judicial, enquanto que o sistema de metas teria que contar com a boa vontade das instituições privadas, já que as instituições públicas o cumpririam por determinação da Administração Pública. Partindo desta premissa, argumenta-se que o sistema de cotas pode não ser o melhor, mas é efetivo, pois coloca os beneficiários em espaços públicos onde estão sub-representados, e que as cotas não impedem outras políticas universais. O argumento é que não se pode abrir mão das cotas alcançadas por ser forma rápida e efetiva de se atingirem os objetivos, já que aumentou o número de negros na universidade; o próximo passo é colocar mais negros nos cargos públicos para, em um terceiro momento, estabelecer cotas para negros nas empresas privadas, cargos políticos e assim se conseguir a igualdade material merecida.

É bem verdade que, se o objetivo das medidas de ação afirmativa for restrito a acelerar o acesso de alguns negros às universidades e outros espaços públicos, se deve admitir que as cotas são efetivas para este fim. Contudo, se o objetivo das medidas de ação afirmativa no Brasil der efetividade ao que está previsto no art. 3º da Constituição Federal, tais como:

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, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Neste caso, as cotas não constituem medida efetiva para dar cumprimento aos comandos constitucionais. A constituição não prevê que as leis reservem vagas para negros ou institucionalize a racialização obrigando a autodeclaração da cor; pelo contrário, refere-se a desigualdades sociais e regionais, e, em seu artigo 19º veda literalmente “criar distinções entre brasileiros e preferências entre si”.

Sob a perspectiva da efetividade, o Brasil necessita de um processo de aproximação e harmonização entre as normas e a realidade, daí a necessidade de políticas públicas eficazes e atuação, não somente do Poder Executivo por meio de suas Secretarias e Ministérios, mas

também do Ministério Público, do Judiciário, dos Sindicatos e Associações e das Instituições Públicas e Privadas, do chamado Sistema “S” e das Organizações Não-Governamentais, para que seja viável a criação de um sistema de metas e cronogramas compatível com a Constituição Federal e que realmente alcance a tão sonhada igualdade material.

3.6 DIFERENÇAS ENTRE A FIXAÇÃO DE COTAS E O SISTEMA DE METAS E CRONOGRAMA

As cotas são impostas, as metas incentivadas; as cotas são definidas sem a participação dos interessados, as metas são construídas pelos envolvidos. Nas cotas, o Estado é o feitor; nas metas, o Estado é o gestor. As cotas são genéricas e padronizadas; as metas são específicas e peculiares. As cotas se utilizam de padrões discriminatórios; as metas se utilizam de afinidades pelas necessidades. As cotas são apenadas; as metas, incentivadas e controladas. As cotas buscam apenas os resultados; as metas envolvem meios para se chegar aos resultados. As cotas excluem para incluir; as metas incluem sem excluir. As cotas afrontam as proibições constitucionais; as metas se harmonizam com as garantias constitucionais sem adoção de conceitos abertos para justificar as infrações. As cotas dão chances para compensar dificuldades dos beneficiários; as metas se utilizam da vocação e conhecimentos dos beneficiários ampliando a noção de mérito e capacidade nos critérios de admissão. As cotas atestam incapacidades; e as metas desvendam capacidades desperdiçadas. As cotas dão acesso a uma minoria étnica; as metas têm como alvo as desigualdades sociais e regionais independentemente de raça ou cor. As cotas são binárias, no sentido de forçar a inclusão nas vagas existentes ou deixar fora das universidades, as metas pluridimensionais. As cotas forçam a aceitação, as metas visam a mudar atitudes, pensamentos e sentimentos.

Diante das relevantes diferenças entre os tipos de ação afirmativa, conclui-se que:

As cotas ou reservas de vagas, como medidas de ação afirmativa, não são adequadas ao fim a que se propõem. O sistema de metas e cronogramas com a eleição de beneficiários por dados objetivos que garantam aos integrantes dos grupos situação de igualdade, é constitucional, adequado, eficiente, e efetivo para efeito de erradicação da discriminação e

promoção da igualdade material no tocante à formação profissional e relações de trabalho.

CONCLUSÃO

A estrutura organizacional da sociedade, o modo de relacionamento entre os grupos e os critérios de aceitação entre os indivíduos apresentam práticas costumeiras arraigadas à própria dinâmica social, que consistem na reafirmação de tabus, de preconceitos e estereótipos que vão passando de geração para geração, independentemente do aspecto volitivo ou da consciência. Estas práticas refletem diretamente no acesso das pessoas aos espaços sociais de atuação profissional, política, religiosa, esportiva, recreativa, associativa e educacional, criando traços culturais que se “acomodam” dentro da sociedade. Com o transcorrer do tempo, estes traços culturais vão sendo questionados e os valores vão se modificando mediante a introdução de novas ideias e práticas, em conformidade com a evolução e a interação dos povos.

Do Estado Social se esperam a garantia e a promoção do cumprimento dos direitos fundamentais, dentre estes a igualdade. O conceito de igualdade vem se modificando através dos tempos. A afirmação da igualdade formal, reduzida à forma "todos são iguais perante a lei", segundo a qual o legislador deve zelar para que a lei trate igualmente os supostos iguais, restou insuficiente, levando à inquietude de se buscarem medidas para a promoção de maior equiparação material ou, no mínimo, de condições de vida razoáveis para todos.

Em 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos expressou um consenso quanto à garantia dos direitos fundamentais, quais sejam os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, independentemente de nacionalidade, etnia, raça ou religião, introduzindo a noção de igualdade entre os indivíduos de forma geral e abstrata e direcionando um comando à legislação quanto à proibição de adoção de critérios discriminatórios. A Declaração Universal foi seguida por várias Convenções Internacionais, orientando os ordenamentos jurídicos no tocante à proibição da discriminação e à garantia da igualdade de tratamento e oportunidades.

As formas de tratamento e interferências do Estado Social nas sociedades multiculturais, assim consideradas, como as que têm em comum pessoas com culturas heterogêneas, manifestam-se em suas normas e políticas públicas. A realidade de cada Estado e os valores humanos, culturais, políticos, civis e religiosos inspiram os objetivos e as ações que compõem um conjunto de normas comumente organizadas em Constituições Federais.

As Constituições, em geral, trazem os princípios que regem cada Nação e os direitos fundamentais dos cidadãos como norte para todo o sistema jurídico e organizacional. A valorização da diversidade, a justiça distributiva e a inclusão social têm se projetado, não somente como garantia aos direitos fundamentais, mas também como atributo necessário ao crescimento da economia e da sociedade participativa em vários países. A remoção de obstáculos institucionais, culturais, econômicos e sociais para acesso e ascensão por intermédio da educação, formação profissional e das relações de trabalho é um dos desafios das políticas públicas que têm como objetivo a promoção da igualdade material.

Os princípios da não discriminação e da igualdade diante da lei integram a agenda de direitos humanos da Organização das Nações Unidas, da Organização Internacional do Trabalho, da Comunidade Europeia e da Organização dos Estados Americanos. A Organização Internacional do Trabalho, como pioneira na definição e tratamento da discriminação em sua Convenção nº 111 de 1958, ressalva da proibição de discriminar quanto às distinções, exclusões ou preferências que tenham caráter de medidas de proteção ou assistência especial, reconhecida como necessária por motivos de sexo, invalidez, encargos de família ou nível social ou cultural. A Convenção da ONU para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, também prevê a adoção de medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais e de indivíduos pertencentes a estes grupos. E a Convenção da ONU para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, de 1979, dispõe que não se devem entender como discriminatórias aquelas medidas especiais de caráter temporal, destinadas a acelerar a igualdade de fato entre homens e mulheres. Já a Convenção da ONU sobre Direitos de Pessoas com deficiência enuncia os programas de ação afirmativa.

Os Tratados Internacionais mais importantes pertinentes ao tema foram ratificados pelo Brasil e estão em consonância com a Constituição Federal, que tem como objetivos expressos em seu art. 3º “reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

As Convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil, que proíbem a discriminação, autorizam algumas medidas especiais destinadas a acelerar a igualdade dentro da sociedade. O acesso equitativo às oportunidades econômicas, sociais e culturais, incluídas as oportunidades de trabalho, tem como um dos caminhos a adoção de medidas especiais com o objetivo de

acelerar a participação de determinados grupos sub-representados em determinados espaços sociais. As medidas especiais de natureza temporária em benefício de integrantes de determinados grupos, em posição de desvantagem perante aos demais, por razões de discriminação histórica e cultural são chamadas medidas de ação afirmativa.

Na definição de suas políticas públicas de promoção da igualdade material por meio de medidas de ação afirmativa, o Estado brasileiro deve definir suas metas e fazer seu planejamento levando em conta sua história, suas peculiaridades, o equilíbrio entre os direitos fundamentais, seus principais problemas e entraves para o desenvolvimento. Para a melhor escolha, é necessário analisarem-se as medidas em concreto quanto à legalidade, à adequação à realidade brasileira, à eficácia no tocante aos fins planejados, à legitimidade dos beneficiários e aos valores, à ideologia e aos interesses do grupo em sua maioria, avaliando se a demanda corresponde ao ideal dos que são politicamente articulados.

Inspirado nas normas internacionais e nas experiências de outros países, o Brasil está construindo o seu modelo de política afirmativa; contudo, a permissão de medidas de exceção à garantia de não discriminação deve observar atentamente a Constituição Federal. O Brasil conta com dispositivos constitucionais e legais expressos no tocante às medidas especiais de proteção e de ação afirmativa, tanto no campo da educação, na reserva de vagas para pessoas com deficiência, quanto no que se refere à participação política partidária e acesso às oportunidades de trabalho do negro, assim como na proteção da idade avançada. Contudo, cada medida em concreto está sujeita ao controle da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Não se podem confundir medidas de ação afirmativa com cotas sociais ou cotas raciais; estas são apenas formas de ação afirmativa. A importação do sistema de cotas da Índia e do recorte racial da África do Sul e dos Estados Unidos da América revela opção política por caminhos incompatíveis com a história e as características brasileiras desde a colonização até a política que seguiu à libertação dos escravos.

O sistema de castas da Índia inspirado pelo hinduísmo, abolido pela Constituição Indiana em 1950, mas persistente, na prática, até os dias de hoje não pode servir de modelo para o Brasil. A avaliação do sistema de cotas aplicado na Índia demonstra que se violou a característica da transitoriedade das medidas de ação afirmativa, tendo se prolongado por mais de 60 anos, período em que foi abrangendo cada vez mais beneficiários. Questiona-se, ainda,

se os objetivos foram alcançados, já que, por outro lado, provocou sérios conflitos sangrentos sem atingir as principais metas, que são a aceitação social da igualdade e a eliminação do preconceito e da discriminação no tocante à cultura e ao sentimento da sociedade.

As leis segregacionistas que vigoraram nos Estados Unidos da América com a proibição das relações inter-raciais até 1964 justificam viés racial da política de ação afirmativa daquela nação, mas ainda assim não há imposição legal de cotas e sim um sistema gerenciado de metas e cronogramas voltado às oportunidades profissionais. No que concerne ao acesso às Universidades, a jurisprudência vem admitindo a utilização do critério racial como um dos fatores do sistema holístico de admissão nas universidades americanas. As medidas de ação afirmativa com recorte racial nos Estados Unidos não demonstraram eficiência, se considerado o objetivo de diminuir a discriminação e o preconceito; pelo contrário, não obstante toda a política em favor da diversidade, os pretos e brancos vivem em bairros isolados, nos quais se observam segregação cultural e a conflitividade latente, quando não expressada com violência.

E, por fim, o *apartheid* na África do Sul, que perdurou até 1994, não pode ser comparado à escravidão vigente no Brasil até 1888, ou seja, 106 anos antes. Mesmo a África do Sul, que apresenta vários motivos para adotar ação afirmativa em favor dos negros, não adotou o sistema de cotas, e sim de metas e cronogramas. A doutrina mais recente informa que a política de ação afirmativa na África do Sul vem migrando de uma política de recorte puramente racial, que intensificou a desigualdade dentro da própria classe, para uma política de valorização do capital humano de âmbito coletivo que considera como critério de admissão em universidades as cartas de recomendação, talento, motivação e compromisso social, domínio da língua africana, residência na zona rural, etc., vinculando os financiamentos à produtividade do estudante.

O sistema de cotas raciais contraria o bom senso no Brasil; é um sistema forçado, abominado por uns, tolerado por outros e defendido por aqueles que, imbuídos pela sede de igualdade, não vislumbram os riscos de um caminho sem volta, rumo à institucionalização da racialização. A introdução do fator raça, que no Brasil significa fenótipo, como atributo de direitos por um tributo a ser pago pela escravidão e suas sequelas, é incompatível com a realidade brasileira que, não obstante o preconceito e a discriminação presentes na sociedade, concentra na pobreza sua principal mazela.

As estatísticas mostram que a soma dos pardos resultantes da livre miscigenação ultrapassa à dos pretos e a dos brancos. A soma dos pretos e pardos na categoria negro pelo IBGE institui a racialização do país forçando a autodeclaração pela negativa da liberdade de não se enquadrar em qualquer categoria por cor. No Brasil a coloração não é dado objetivo que possa ser comprovado como critério de acesso ao trabalho ou às universidades.

É verdade que o sistema que rege as universidades públicas brasileiras necessita de reforma. Contudo, o paradoxo de estudantes da rede privada nas melhores universidades públicas e estudantes da rede pública fora da universidade ou nas universidades privadas, além do pequeno número de pretos na universidade pública, não podem justificar a quebra do critério constitucional de admissão no ensino superior pela capacidade.

O Brasil já apresenta fortes indícios quanto à luta para a implantação das cotas nas relações de trabalho, primeiramente nos cargos públicos, depois nas concessões de serviços públicos e posteriormente nas relações privadas. O direito do trabalho não deve copiar os exemplos malsucedidos de outros países, nem tampouco as medidas inadequadas adotadas no acesso às Universidades Públicas. Não obstante a Constituição Federal contenha previsão de reserva de vagas para as pessoas com deficiência, esta norma faz exceção à garantia da não discriminação e da proibição do art.19 –III que veda a criação de distinção entre brasileiros e de preferência entre estes. A Constituição proíbe expressamente a utilização de critério de raça, sexo ou cor como critério de admissão. As medidas especiais permitidas para incentivar o trabalho da mulher não se referem a preferências afirmativas. A exceção requer interpretação restritiva, e a reserva de vagas não pode ser aplicada a qualquer outra categoria que não às pessoas com deficiência, por falta de amparo constitucional.

Mesmo no tocante às pessoas com deficiência as cotas não se mostraram suficientes para atingir o fim a que se propõem quanto à inserção no mercado de trabalho, em razão da falta de capacitação e das condições de trabalho adequadas. A exigência do cumprimento da cota sob pena de multa não corresponde aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, já que o cumprimento das cotas é apenas uma parte da ampla legislação que rege a matéria, não se tendo cumprido a outra parte que determina a habilitação das pessoas com deficiência como condição de garantia do direito ao trabalho. Às relações de trabalho, deve ser aplicado o sistema de metas e cronogramas, o qual deve abranger a capacitação dos integrantes dos grupos beneficiários.

O sistema de metas inclui o diagnóstico, a participação dos envolvidos no planejamento, a qualificação da mão de obra, a empregabilidade ou empreendedorismo, a viabilidade da meta a ser alcançada em determinado tempo e o caminho para se concretizar. Importa o comprometimento dos envolvidos por acreditarem na proposta e o empenho para cumpri-la, diferentemente da imposição sob pena de multa, que cria mais revolta e antipatia do que empatia e cumplicidade.

As cotas são impostas, as metas incentivadas; as cotas são definidas sem a participação dos interessados, as metas são construídas pelos envolvidos. Nas cotas, o Estado é o feitor; nas metas, o Estado é o gestor. As cotas são genéricas e padronizadas; as metas são específicas e peculiares. As cotas se utilizam de padrões discriminatórios; as metas se utilizam de afinidades de necessidades. As cotas são apenadas; as metas, incentivadas e controladas. As cotas buscam apenas os resultados; as metas envolvem meios para se chegar aos resultados. As cotas excluem para incluir; as metas incluem sem excluir. As cotas afrontam as proibições constitucionais; as metas se harmonizam com as garantias constitucionais sem adoção de conceitos abertos para justificá-las. As cotas dão chances para compensar dificuldades; as metas se utilizam de conhecimentos que ampliam a noção de mérito. As cotas atestam incapacidades, e as metas desvendam capacidades desperdiçadas. As cotas dão acesso a uma minoria étnica; as metas têm como alvo as desigualdades sociais e regionais, independentemente de raça ou cor.

Sob a perspectiva da efetividade, o Brasil necessita de um processo de aproximação e harmonização entre as normas e a realidade, daí a necessidade de políticas públicas eficazes e atuação do Poder Executivo por intermédio de suas Secretarias e Ministérios, mas também do Ministério Público, do Judiciário, dos Sindicatos e Associações e das Instituições Privadas, do chamado Sistema “S” e Organizações Não-Governamentais, para que seja viável a criação de um sistema de metas e cronogramas compatível com a Constituição Federal e que realmente alcance a tão sonhada igualdade material.

“As cotas ou reservas de vagas, como medidas de ação afirmativa, não são adequadas ao fim a que se propõem. O sistema de metas e cronogramas com a eleição de beneficiários por dados objetivos que garantam aos integrantes dos grupos situação de igualdade é constitucional, adequado, eficiente, e efetivo para efeito de erradicação da discriminação e promoção da igualdade material no tocante à formação profissional e relações de trabalho.”

BIBLIOGRAFIA

ABRAMO, Laís; RANGEL Marta. **Negociação coletiva e igualdade de gênero na América Latina**. Caderno GREP, Secretaria Internacional do Trabalho. Brasília, 2005.

AEIXE, Egídia Maria de Almeida. **Uma conversa sobre Direitos Humanos: visão da justiça e discriminação**. In VIANA, Marcio Túlio; RENAULT, Luis Otávio Linhares (Coords), Discriminação. São Paulo: Ltr, 2000.

BAAMONDE, Maria Emilia Casas. **La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (?o de proporcionalidad;) y principio de buena fé**. Revista Relaciones Laborales, n.11. Espanha: Lex Nova, Agosto, 2004.

BADIN, Luiz Armando; PROL, Flávio Marques. **O princípio da igualdade na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Revista do Advogado, outubro 2012.

BARROS, Alice Monteiro. **Discriminação no emprego por motivo de sexo**. In VIANA, Marcio Túlio; RENAULT, Luis Otávio Linhares (Coords), Discriminação. São Paulo: Ltr, 2000.

BARROS, Cássio Mesquita. **Perspectiva do Direito do Trabalho no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2011.

BELTRAN, Ari Possidonio. **Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais**. São Paulo: LTr, 2002.

BHYKHU, Parekh. **Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory**. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Itália: Ed. Campus, 2004.

BONFIGLIO, Renata; RAMALHO, Ivo Cleiton de Oliveira. **As políticas de capacitação das pessoas com deficiência e sua inclusão no mercado de trabalho brasileiro**. Revista do Tribunal do Trabalho da 2º Região, n.º 10, São Paulo, 2012, p.61-68.

BRASIL GOV BR. Disponível em: www.brasil.gov.br. Acesso em dezembro 2012.

BRASIL (SP). **Constituição da República Federativa do Brasil**, São Paulo: Editora Manole, 2005.

BRIAN, Barry. **Culture and equality: an egalitarian critique of multiculturalism**. Cambridge-Mass: Harvard University Press, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CARACUEL, Manuel Ramón Alarcón. **El principio de igualdad en el derecho de la Unión Europea**. In VILLALÓN JESÚS CRUZ (Cord.). La Igualdad de Trato en el Derecho Comunitario Laboral. España: Aranzadi Editorial, 1997.

CBSNEWS Disponível em: www.cbsnews.com . Acesso em novembro 2012

CLT interpretada, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, São Paulo, Editora, São Paulo, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DAL-RÉ, Fernando Valdés. **A vinculabilidade jurídica dos Direitos Fundamentais da Pessoa do Trabalhador: uma aproximação de direito comparado**. Revista Synthesiz, n. 39, Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região. São Paulo, 2004.

DEL RIO, Teresa Perez. **La aplicación de la Directiva 76/207 en España**. In VILLALÓN JESÚS CRUZ (Cord.). La Igualdad de Trato en el Derecho Comunitario Laboral. España: Aranzadi Editorial, 1997.

_____. **Trasposición de las Normas Comunitarias: exigencias de la Directiva 2002/73/CEE sobre Discriminación por razón de género en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo**. España: Cadiz, 2006.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006.

DIARIO OFICIAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, L 180/24, 19.7.2000.

DIARIO OFICIAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, L 303/16, 2.12.2000.

DÍAZ, Magadán M, Garcia; RIVAS J. **La Europa social**. Barcelona: Editorial J. M. Bosch, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Edit. RT, 1988.

DONOHUE, J. John. **Foundations of employment discrimination law**. New York: Foundation Press, 1997.

DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da igualdade no Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 1999.

DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. **Substituição processual no processo do trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 1998.

_____. Artigo: **Discriminação no emprego: formas, defesas e remédios jurídicos**. Revista LTr, ano 66. São Paulo: LTr, novembro/2002.

ESPAÑA. **Constitución Española**, Editorial Arazandi, 2003.

ESTATUTOS DE LOS TRABAJADORES. 18a. edición, Madrid: Tecnos, 2004.

FELICIANO, Guilherme Gimarões. **Direito à prova e dignidade humana**. São Paulo: LTr, 2007.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. **Trabalho da pessoa com deficiência: lapidação dos Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2006.

_____. **O novo conceito constitucional da pessoa com deficiência: um ato de coragem**. In FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRASER, Nancy. **Reconhecimento sem ética**. In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (Org.). **Teoria Crítica no século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007.

FREDMAN, Sandra. **Comparative Study of anti-discrimination and equality laws of the US, Canada, South África and Índia** – European Commission, 2012.

FREITAS JR. Antonio Rodrigues & MERINO, Lucyla Telles. **Horizontes para o direito numa sociedade em mudança**. São Paulo: Ed. LTR, 2004.

_____. **Direito do trabalho na era do desemprego**. São Paulo: LTr.

FUVEST Fundação Universitária para Vestibular. Disponível em www.fuvest.br. Acesso em novembro 2012.

GARLET, Marinez; GUIMARÃES, Gleny; BELIINI, Maria Isabel Barros. **Cotas para estudantes indígenas: inclusão universitária ou exclusão escolar?** Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br>. Acesso em dezembro de 2012.

GOLDIN, Adrian. **Discriminação**. Revista do Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais, Brasília: LTr, 2004.

GOMES, Fábio Rodrigues. **A eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego: algumas propostas metodológicas para a incidência das normas constitucionais na esfera juslaboral**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 71.n.3. Brasília, set/dez 2005.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRAU, Antonio Baylos. **Igualdad, uniformidad y diferencia en el derecho del trabajo**. Revista de Derecho Social, número 1, Enero-Marzo, Alicante, 1998.

_____. **Direito do trabalho: modelo para armar**. Tradução Flávio Benitez e Cristina Schultz, São Paulo: LTr, São Paulo, 1999.

_____. **Sindicalismo y derecho sindical**. España: Editora Bomarzo, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SALES, Carlos Alberto (Coord.). **As grandes transformações do Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GUGEL, Maria Aparecida. **Discriminação no trabalho. O direito do trabalho na sociedade contemporânea**. In FREDIANI, Yone (Coord), Ed. Jurídica Brasileira, São Paulo, Brasil, 2003.

HONNETH, Axel. **Reconhecimento ou redistribuição? A mudança de perspectivas na**

ordem moral da sociedade. In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (orgs.). Teoria Crítica no século XXI. São Paulo: Annablume, 2007.

INFORME DEL DIRECTOR GENERAL, Conferencia Internacional del Trabajo 91.^a reunión 2003, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza.

INFORME DEL DIRECTOR GENERAL, Conferencia Internacional del Trabajo, 96.^a reunión, 2007, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza (www.ilo.org/declaration).

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Disponível em: www.ibge.gov.br. Acesso em novembro 2012.

IKAWA, Daniela. **Ações afirmativas em universidades.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

JAVILLIER, Jean Claude. **As normas internacionais do trabalho: desafios, pertinência e aplicação do direito internacional interno.** Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais, Brasília: Editora LTr, 2004.

KAMEL, Ali. **Não somos racistas.** Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2006.

KELLY, Paul. **Multiculturalism reconsidered: culture and equality and its critics.** USA: Edited by Paul Kelly, 2002.

KYMLICKA, Will. **Multicultural odysseys.** Oxford: Oxford University Press, 2007.

_____; BANTING, Keith. **Multiculturalism and the welfare state.** Oxford: Oxford University Press, 2006.

LIMA, Firmino Alves. **Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho.** São Paulo: LTr, 2006.

LÓPEZ, Maria Fernanda Fernández. **La igualdad de trato en el derecho comunitario laboral.** In VILALÓN, Jesús Cruz Villalón (coord.). España: Aranzadi Editorial,

1997.

MAGNOLI, Demétrio. **Uma gota de sangue: história do pensamento racial**. São Paulo: Contexto, 2009.

MAGGIE, Yvone. **Racismo e anti-racismo: preconceito, discriminação e os jovens estudantes das escolas públicas cariocas**. Disponível em www.scielo.br Acesso em novembro 2012.

MAIO, Marcos Chor ; SANTOS, Ricardo Ventura. **Política de cotas raciais, os "olhos da sociedade" e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília (UnB)**. Horizonte Antropológicos, v.11, n.23. Porto Alegre, jan./jun. 2005.

MALLET, Estêvão. Artigo: **Igualdade, discriminação e direito do trabalho**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 76, p. 17-51, 2010.

_____ ; MERINO, Lucyla Telles ; PERES, Antonio Galvão ; FAVA, Marcos Neves. **Direito do trabalho e igualdade e igualdade étnico-racial**. In PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas. (org.). Ordem jurídica e igualdade étnico-racial. São Paulo: Prol Ed., 2006.

MELLO, Marco Aurélio. **Ótica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas**. In MARTINS, Ives Granda da Silva. As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MONTALBÁN Huertas, I. **Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional**. Madrid: CGPJ, 2004.

MORAES Guilherme Peña. In MALLET, Estêvão ; MERINO, Lucyla Telles ; PERES, Antonio Galvão ; FAVA, Marcos Neves. **Direito do trabalho e igualdade e igualdade étnico-racial**. In PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas. (org.). Ordem jurídica e igualdade étnico-racial. São Paulo: Pro ed.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de directo sindical**. 5ª edição, São Paulo: LTr, 2008.

NAVARRO, Beatriz Quintanilla. **La negociación colectiva en España: Una visión cualitativa.** RODRIGUEZ Ricardo Escudero (Coord.), Igualdad y no discriminación en función de género, Valencia: CC.OO, 2004,

PIOVESAN, Flavia. **Discriminação.** Revista do Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais. São Paulo: Ed. LTr, 2004.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCELLA, Máximo. **La significación y el alcance de la directiva sobre igualdad de trato en las condiciones de trabajo.** In VILALÓN, Jesús Cruz Villalón (coord.). España: Aranzadi Editorial, 1997.

ROCHA, Carmen Lúcia. **Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da**

igualdade jurídica. In: Revista Trimestral de Direito Público, nº 15, 1996.

RODRIGUES-PIÑERO, Miguel. **Nuevas dimensiones de la igualdad: no discriminación y acción positiva.** Persona y Derecho Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, Nº 44, España, 2001.

_____. **La igualdad en los tratamientos laborales y su relevancia constitucional.** In Relaciones Laborales - Madrid, 1998.

SÁEZ LARA, C. **Mujeres y mercado de trabajo: las discriminaciones directas e indirectas.** Madrid: CES, 1994.

SANCHIS, Luís Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales.** Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Gislene Aparecida. **As políticas multiculturais e o reconhecimento de identidades como novas formas de contrato social e efetivação da justiça.** São Paulo: CCJUR em Revista, 2010.

_____. **Reconhecimento utopia distopia: os sentidos da política de cotas raciais.** São Paulo: Annablume, 2012.

SALTZMAN, J. **Equidad y género: Una teoría integrada de estabilidad y cambio.** Universidad de Valencia e Instituto de la Mujer. Madrid: Ed. Cátedra, 1992.

SECRETARIA DE POLÍTICAS DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL
Disponível em: www.seppir.gov.br. Acesso em dezembro 2012.

SENDEN, Linda. **La igualdad salarial en la legislación comunitaria: la igualdad de trato en el derecho comunitario laboral.** In VILALÓN, Jesús Cruz Villalón (coord.). España: Aranzadi Editorial, 1997.

SIERRA Hernáliz. E. **Acción positiva y empleo de la mujer.** Consejo Económico y Social. Madrid, 1999.

SILVA, Ana Emilia Andrade Albuquerque. **Discriminação racial no trabalho.** São Paulo: LTr, 2005.

SILVA, Graziella Moraes Dias. **Ações afirmativas no Brasil e na África do Sul.** Tempo Social, v.18 n.2, São Paulo, Nov. 2006. Disponível em www.scielo.br, acesso dezembro de 2012.

SOWELL, Thomas. **Affirmative action around the world: an empirical study.** New Haven and London: Yale University Press, 2004.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos.** São Paulo: Loyola, 2000.

TOMEI, Manuela. **Ação afirmativa para a igualdade racial: características, impactos e desafios.** Organização Internacional do Trabalho, Genebra, 2006.

TOVAR, Joaquín Aparício **Introducción al derecho social de la Unión Europea.** Albacete: Editorial Bomarzo, 2005.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em dezembro 2012.

VIGARA, Auste A.; CATALÁN, Jiménez R. **Género, sexo, discurso**. Madrid: Ed. Laberinto, 2002.

VILLALÓN, Jesús Cruz. **Los intersticios de penetración de la prohibición de discriminación en el derecho comunitario**, In VILALÓN, Jesús Cruz Villalón (coord.). España: Aranzadi Editorial, 1997.

VITA, Alvaro de. **Liberalismo igualitário e multiculturalismo: sobre Brian Barry**. Culture and Equality. São Paulo: Lua Nova, 2002.

ZIMMER, Sullivan e Calloway Richards. **Cases and materials employment discrimination**. New York: Editora Aspen Law Publishers, 2000.