

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

FELIPE CAMELO DE FREITAS EVANGELISTA

**AÇÕES AFIRMATIVAS E SITUAÇÕES CONTINGENTES:  
EM BUSCA DE CRITÉRIOS**

JOÃO PESSOA  
2012

FELIPE CAMELO DE FREITAS EVANGELISTA

**AÇÕES AFIRMATIVAS E SITUAÇÕES CONTINGENTES:  
EM BUSCA DE CRITÉRIOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação  
em Ciências Jurídicas – PPGCJ da Universidade Federal  
da Paraíba – UFPB, na área de concentração de Direitos  
Humanos, como requisito parcial para a obtenção do título  
de Mestre em Ciências Jurídicas.

Orientador: Professor Doutor Luciano Mariz Maia

JOÃO PESSOA  
2012

E92a Evangelista, Felipe Camelo de Freitas.  
Ações afirmativas e situações contingentes: em busca de critérios / Felipe Camelo de Freitas Evangelista.-- João Pessoa, 2012.  
201f.  
Orientador: Luciano Mariz Maia  
Dissertação (Mestrado) – UFPB/CCJ  
1. Direitos Humanos. 2. Ação afirmativa. 3. Critérios.  
4. Situação contingente. 5. Proteção insuficiente.  
6. Universalismo estratégico.

FELIPE CAMELO DE FREITAS EVANGELISTA

**AÇÕES AFIRMATIVAS E SITUAÇÕES CONTINGENTES:  
EM BUSCA DE CRITÉRIOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação  
em Ciências Jurídicas – PPGCJ da Universidade Federal  
da Paraíba – UFPB, na área de concentração de Direitos  
Humanos, como requisito parcial para a obtenção do título  
de Mestre em Ciências Jurídicas.

Banca realizada em 26 de março de 2012

**APROVADO COM DISTINÇÃO**

**COMISSÃO EXAMINADORA**

Professor Doutor Luciano Mariz Maia  
Professor Orientador

Professor Doutor Fredys Orlando Sorto  
Professor Avaliador Interno

Professor Doutor Narbal de Marsillac Fontes  
Professor Avaliador Interno

Professor Doutor André Regis de Carvalho  
Professor Avaliador Externo (UFPE)

## AGRADECIMENTOS

A Deus, pela existência e pela felicidade.

A meu irmão, Víctor Evangelista, pela constante cumplicidade e pela paciência ao revisar meus escritos.

A meus pais, Georgia Camelo e Magno Evangelista, pelo amor incondicional e pelo contínuo incentivo ao aprimoramento de minhas idéias.

A minha namorada, Ana Andrade, por todo o apoio emocional oferecido nos momentos de exaustão.

A meus avós, Mercês e Assis Camelo, pela providência de condições materiais na execução de minhas pesquisas.

A minha avó, Lindete Evangelista, pelos sinceros votos de sucesso.

A meus primos, Adriana Gondim e Flávio Gondim, pelos esclarecimentos teóricos.

A meu tio, Márcio Evangelista, pelas indicações bibliográficas.

A meu orientador, Professor Doutor Luciano Maia, pelas enriquecedoras e sempre dispostas intervenções.

Aos professores doutores Narbal de Marsillac e Fredys Sorto, pelas ricas contribuições acadêmicas para esta pesquisa.

A meus amigos Annuska Macedo, Eduardo Braga, Joyce Barbosa, Roberta Candeia, Raquel Camargo e Thaís Rocco pelas solidariedades prestadas.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior pela concessão da bolsa de estudos.

“Sendo o universo da violência um universo de dor, enfrentá-lo como objeto teórico e de reflexão implica, necessariamente, um esforço de suspensão da dor – e do próprio discurso passional – o que pode tornar o nosso discurso aparentemente muito acadêmico, muito árido, quando não cético. Mas, colocar a dor em suspensão não implica, em momento algum, perdê-la de vista ou divorciar-se dela, porque é a indignação pela dor e o propósito de superá-la, no processo de luta, que motiva meu discurso e militância acadêmica na tentativa de resgatar para o problema, a voz do conhecimento emancipatório.”

Vera Regina Pereira Andrade (2003)

## RESUMO

A inquestionável irrepetibilidade dos seres humanos provoca uma imensa diversidade na demanda pelo atendimento de necessidades. A depender do contexto em que se inserem, características semelhantes determinam carências distintas. Embora possam ser traçados muitos pontos comuns entre as insuficiências peculiares a cada um dos indivíduos, todas elas apresentam pormenores cuja detecção é viabilizada apenas no exame dos casos concretos. Portanto, a análise das situações contingentes é crucial na luta contra cenários de subordinação cultural e econômica. É precisamente na aferição das circunstâncias que as ações afirmativas, concebidas com o escopo de atingirem a igualdade material, devem buscar equilibrar as relações, de forma que se alcance uma satisfação homogênea das necessidades individuais. Nesse processo, a apreciação de características identitárias só é útil quando circunscreita por algum contexto específico. São demasiado restritas as medidas que tomam como critério para a concessão de direitos especiais o mero pertencimento a grupos delimitados por traços delineadores da identidade, a exemplo de sexo, raça, compleição física ou religião. De fato, a recorrência de exigüidades vividas por indivíduos em razão de suas características identitárias leva ao erro de atribuir a fragilidade à própria essência de um dado traço. Não obstante, o equilíbrio dessas suscetibilidades só pode ser obtido através da investigação e contrabalanço das hipossuficiências concretamente consideradas. Do contrário, se os beneficiários de ações afirmativas forem agrupados grosseiramente, conferir-se-ão vantagens descabidas a alguns, e outros deixarão de ter direitos protegidos pelo simples fato de não pertencerem a determinada coletividade. Tal constatação contraria o princípio da proibição da proteção insuficiente de direitos fundamentais. Os propósitos dos direitos humanos serão mais facilmente conseguidos a partir de uma solidariedade que não setorize identidades, mas que esteja atenta aos distintos tipos de vulnerabilidade. Nesse sentido, em substituição à especialização de direitos, defende-se a edificação de um universalismo voltado à concretude, diferente daquele proclamado após a Revolução Francesa, cuja cegueira às particularidades individuais advinha da adoção de modelos centrados sobre um grupo hegemônico definido. As ações afirmativas não encontram fundamento na ficção erigida por qualquer interesse público, mas no amparo à dignidade. Esse empreendimento encontra respaldo em documentos internacionais de proteção aos direitos humanos (como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e, mais recentemente, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência). Sua realização pressupõe a averiguação dos papéis individuais na sociedade, possibilitada por órgãos públicos de investigação social. A presente dissertação valeu-se do método de abordagem dedutivo-dialético, no afã de demonstrar a aplicação de princípios gerais aos casos particulares, enquanto confronta teses e antíteses para o aprofundamento do assunto. Procedimentalmente, contribuíram os métodos histórico, interpretativo e comparativo. A técnica utilizada foi a documentação indireta, por pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legal. Por fim, três capítulos dividem o texto: no primeiro, discutem-se o conceito, nomenclatura e tipologia das ações afirmativas; no segundo, trata-se das vias de operacionalidade dos critérios impostos pelas situações contingentes como seu delimitador exclusivo, entre o essencialismo e o universalismo estratégico, e; no terceiro, projeta-se o olhar sobre os clássicos movimentos pela igualdade de raça, gênero e compleição física.

**Palavras-Chave:** Ação afirmativa. Critérios. Situação contingente. Proteção insuficiente. Universalismo estratégico.

## ABSTRACT

The unquestionable uniqueness of human beings brings an immense diversity to the demand for the satisfaction of needs. Depending on the context, similar characteristics determine different needs. Despite there are numerous similarities among the peculiar weaknesses each individual has, they all come along with many details, which can only be detected in the particular examination of the context framing them. Therefore, the analysis of contingent situations is crucial to fighting cultural and economic subordination scenarios. It is precisely in the appraisal of circumstances that affirmative actions, which are designed to achieve material equality, must seek references to balance the interactions among individuals, so that they can find the homogeneous satisfaction of their own needs. The consideration of identitarian characteristics is only useful when limited by specific contexts. Thus, measures considering the mere membership in groups defined by identitarian characteristics – such as gender, race, religion or physique – use improper criteria for granting special rights. In fact, the recurrence of offenses against individuals due to their identitarian characteristics leads to the mistake of attributing weakness itself to the very essence of a given trait. However, the counterbalance of these sensitivities can be obtained by investigating the causes of each individual's lack of power and their later tackling. If the beneficiaries of affirmative actions are recklessly grouped according to their identities, these measures will give some individuals unnecessary advantages, whilst giving others no protection to their rights, because of the simple fact of belonging to a particular community. This finding contradicts the principle of prohibition of insufficient protection to fundamental rights. As long as all different sorts of vulnerability are attended, the purposes of human rights are more easily achieved by cherishing solidarities rather than sectorizing identities. The legal specialization of rights should be replaced by a strategic universalism, focused on concreteness, unlike the classic universalism proclaimed after the French Revolution, conceived on models based on a defined hegemonic group and blind to individual peculiarities. Affirmative actions have no basis on fictions erected on the public interest. The goal of contextualizing characteristics in order to preserve dignities is supported by international documents (such as the Universal Declaration of Human Rights and, more recently, the Convention on the Rights of Persons with Disabilities). This purpose requires inquiries about individual roles in society, made possible by public agencies for social service investigation. The dissertation used the deductive-dialectical method of approach to demonstrate the application of general principles to particular cases, while confronting thesis and antithesis to deepen the study. Procedurally, the historical, interpretive and comparative methods contributed as well. The technique used was the indirect documentation, applied by researches in literature, jurisprudence and law. Finally, three chapters divide the text: the first one discusses the concept, nomenclature and types of affirmative action; the second chapter presents ways to operate the criteria imposed by contingent situations as the sole delimiter of affirmative actions, built between essentialism and strategic universalism; the third one takes a look at the classic movements for equality of race, gender and physique.

**Keywords:** Affirmative action. Criteria. Contingent situation. Insufficient protection. Strategic universalism.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade  
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental  
AG – Agravo de Instrumento  
APC – Apelação Cível  
art. – artigo  
CEDAW – Committee on the Elimination of Discrimination against Women  
CERD – Committee on the Elimination of Racial Discrimination  
CF – Constituição Federal  
Cf. – conferir  
CID – Classificação Internacional de Doenças  
CIF – Classificação Internacional de Funcionalidades  
CIDID – Classificação Internacional de Deficiências, Incapacidades e Desvantagens  
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho  
COAPE – Coordenação de Assistência e Promoção Estudantil  
CP – Código Penal  
CPC – Código de Processo Penal  
DF – Distrito Federal  
DJ – Diário de Justiça  
DNA – Desoxirribonucleic Acid  
EEOC – Equal Employment Opportunity Comision  
ENEM – Exame Nacional do Ensino Médio  
GTM – Grupo de Trabalho sobre Minorias  
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística  
inc. – inciso  
IPTU – Imposto Predial e Territorial Urbano  
MG – Minas Gerais  
Nº. – número  
ONU – Organização das Nações Unidas  
PCEEO – President's Committee on Equal Employment Opportunity  
PIDCP – Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas  
PL – Projeto de Lei  
Pasusp – Programa de Avaliação Seriada da Universidade de São Paulo  
Inclusp – Programa de Inclusão Social da Universidade de São Paulo  
QI – Quociente Intelectual  
RE – Recurso Extraordinário  
REO – Remessa Ex-Ofício  
RJ – Rio de Janeiro  
RS – Rio Grande do Sul  
STF – Supremo Tribunal Federal  
TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios  
TRF – Tribunal Regional Federal  
UERJ – Universidade Estadual do Rio de Janeiro  
UFPB – Universidade Federal da Paraíba  
UFPE – Universidade UnB – Universidade de Brasília  
Unesco – United Nations Educational Scientific and Cultural Organization  
USP – Universidade de São Paulo  
ZEP – Zonas de Educação Prioritária

## SUMÁRIO

|  |     |
|--|-----|
| <b>INTRODUÇÃO</b>  | 9   |
| <b>1 OS ELEMENTOS ESSENCIAIS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS</b>   | 14  |
| 1.1 EM BUSCA DE UM CONCEITO DE AÇÃO AFIRMATIVA   | 19  |
| 1.2 NOMENCLATURA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS E TIPOLOGIA DAS DISCRIMINAÇÕES                          | 24  |
| 1.2.1 As cotas e as ações afirmativas  | 25  |
| 1.2.2 Medidas especiais temporárias  | 27  |
| 1.2.3 Discriminações legítimas   | 29  |
| 1.2.4 Discriminações ilegítimas  | 33  |
| 1.2.4.1 <i>Discriminação direta</i>  | 34  |
| 1.2.4.2 <i>Discriminação indireta</i>  | 37  |
| 1.3 OS CONSAGRADOS ELEMENTOS INCIDENTAIS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS                                 | 39  |
| 1.3.1 A legitimidade das ações afirmativas e a supremacia do interesse público sobre o privado | 40  |
| 1.3.2 A destinação de ações afirmativas a ‘minorias’   | 46  |
| 1.3.3 A ação afirmativa e a representação de grupos vulneráveis                                | 53  |
| 1.3.3.1 A representação como mandato   | 53  |
| 1.3.3.2 A representação como exemplaridade   | 58  |
| 1.3.4 A ação afirmativa como compensação por dívidas históricas                                | 64  |
| <b>2 AÇÕES AFIRMATIVAS SOB O CRITÉRIO DA SITUAÇÃO CONTINGENTE</b>                              | 71  |
| 2.1 ESSENCIALISMO ESTRATÉGICO E UNIVERSALISMO ESTRATÉGICO                                      | 78  |
| 2.2 A ANTIDIFERENCIADA EM FACE DA ANTI-SUBORDINAÇÃO  | 86  |
| 2.3 A OPERACIONALIDADE DO CRITÉRIO DA SITUAÇÃO CONTINGENTE                                     | 90  |
| 2.3.1 O critério da situação contingente diante de competições                                 | 99  |
| 2.3.2 Ações afirmativas entre o valor e o mérito   | 108 |
| <b>3 DIREITOS EM VIRTUDE DE RAÇA, GÊNERO E COMPLEIÇÃO FÍSICA</b>                               | 114 |
| 3.1 RAÇA   | 114 |
| 3.1.1 O racismo científico   | 118 |
| 3.1.2 A discriminação racial positiva  | 124 |
| 3.1.3 A fragilidade dos direitos em virtude da raça  | 128 |
| 3.2 GÊNERO   | 136 |
| 3.2.1 O sexo no Feminismo Jurídico, na Biologia e na Antropologia                              | 140 |
| 3.2.2 A fragilidade dos direitos de gênero   | 147 |
| 3.3 COMPLEIÇÃO FÍSICA  | 158 |
| 3.3.1 Uma abordagem histórica da deficiência   | 163 |
| 3.3.2 Ações afirmativas para ‘pessoas com deficiência’   | 168 |
| <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>  | 172 |
| <b>REFERÊNCIAS</b>   | 177 |

## INTRODUÇÃO

A pluralidade de categorias sociais e suas posições de poder nas engrenagens produtoras de bens e conhecimento ensejaram, ao longo dos séculos, processos de exclusão de vários grupos humanos, cujos membros eram percebidos, desde o nascimento, como inferiores pela ordem dominante. Do anseio pela libertação das condições hereditárias, ganhou força o princípio da igualdade formal, coroado entre os ideais da Revolução Francesa.

A partir de então, todos os indivíduos deveriam ser considerados detentores de dignidades igualmente relevantes, através de tratamentos legais neutros. Entretanto, diante dos expressivos desníveis sociopolíticos entre as coletividades estabelecidas, tal neutralidade não foi verificada. Para identificar os sujeitos de direito, as leis tomaram como parâmetro o grupo hegemônico definido, entre outras características, pelo sexo masculino e pela pele branca.

Os seres humanos isentos desses traços foram longamente situados à margem do pensamento jurídico. De tal sorte, a atuação isolada do princípio da igualdade formal mostrou-se insuficiente ao alcance de seus escopos, haja vista o valor aritmético trazido por ele impedir a evocação da proporcionalidade na realização da *equitas*.

Para compensar a abundância dos recursos de uns face à escassez dos de outros, tornou-se obrigatória a ponderação das situações de fato. A igualdade formal foi, assim, chamada a dividir espaço com a igualdade material, uma vez que esta objetiva tratamentos distintos aos indivíduos, no afã de uniformizar o atendimento de suas diferentes necessidades.

Tão profunda apreciação da diferença há de levar em conta que algumas características humanas, como a constituição física e as concepções culturais, são delimitadoras da identidade individual, e outras são apenas incidentais sobre ela. As últimas materializam-se em tratamentos maléficos ou benéficos destinados a alguém. Assim, ao se afirmar que alguém tem olhos azuis, descreve-se uma identidade, ao passo que afirmar que essa cor de olhos é bonita ou feia descreve a incidência de um juízo de valor sobre essa característica identitária.

Às vezes, tal categorização – entre características incidentais ou delimitadoras – pode parecer estéril devido à eventual interpenetração dos objetos a que se refere. Todavia, é com a identificação e confronto das características incidentais *minimamente delineáveis* que a igualdade material deverá fazer seus ajustes. Conferir privilégios pela simples verificação de certos traços, muitas vezes natos, atropela o real exame das condições particulares.

O alcance da ambição de um tratamento equânime é viabilizado pelo uso correto das ações afirmativas, cujo conceito corresponde a quaisquer tentativas de concretização da

igualdade material face às insuficiências da igualdade formal. Para tanto, obriga-se o fornecimento de elementos mínimos que permitam a todos a busca por uma auto-realização pautada na autonomia e na harmonização entre interesses próprios e alheios.

No vencimento desse desafio, as tristes experiências da sociedade a respeito da vulnerabilidade de grupos definidos por caracteres como raça, sexo e compleição física costumam imprimir a percepção de que a hipossuficiência lhes é uma característica essencial, merecedora de contrabalanço. Nesse panorama, alguém que não se enquadre nas previsões estatísticas dos grupos a serem contemplados poderá, mesmo precisando da tutela estatal, vê-la inalcançada ou, prescindindo dela, obter benefícios indevidos.

Afirmar que a lei deve ser abstrata, não significa que ela deva trabalhar com médias. Refere-se exclusivamente a sua ampla propriedade de subsumir os fatos. Pode ser útil falar na brasileira média, mas não se pode esperar encontrá-la na companhia de um inteiro e noventa e quatro centésimos de filho. Percentagens fracionárias apontam características simplesmente eventuais, não essenciais aos objetos a que se referem. A essência das coisas transparece o conjunto de elementos sem os quais é inviável a definição delas. Quando caracteres eventuais são muito reincidentes, perpetra-se o erro de confundi-los com qualidades determinantes.

Na verdade, a assunção da existência de conjuntos humanos de fragilidade orgânica é ameaçada pela heterogeneidade interna inerente a eles. Todos são compostos por indivíduos com necessidades diferentes entre si, pertencentes a inúmeras categorias sociais simultâneas. Suas diferenças são irrepetíveis. Cada um é o que é, e tem o direito de sê-lo. Assim, são falhas as tentativas de fixar o atendimento das necessidades particulares a partir do simples pertencimento a um grupo. Esse processo de especificação do sujeito de direito é extremamente cego às demais características possuídas por seus beneficiários e aos reais contextos vividos. Ele comete os mesmos erros apontados contra a igualdade formal.

Tal percepção introduz o problema da pesquisa, consubstanciado na seguinte indagação: *a partir do exclusivo suporte no exame de situações contingentes, seria operacional promover a reformulação das modalidades mais discutidas de ações afirmativas, uma vez que estas, ao apresentarem critérios que recaem sobre características identitárias individuais, provêem, em alguns casos, privilégios descabidos aos grupos a que se destinam e, em outros, proteção insuficiente aos que deveriam acolher?*

A hipótese de que as ações afirmativas podem ser suportadas exclusivamente pelo exame das situações contingentes aponta para a instituição de atuantes órgãos públicos de natureza jurídico-administrativa, destinados à investigação social individualizada, capaz de fornecer o diagnóstico dos fatos necessário para a promoção da igualdade material.

Em geral, comprehende-se intuitivamente a necessidade de equalização entre condições díspares. No entanto, há a possibilidade de se discordar dos resultados concretos de algumas políticas de discriminação positiva. Nessa seara, aponta-se para a nocividade das ações afirmativas, devido à suposta intensificação da discriminação social daqueles grupos que elas se inclinam a promover. Também são comuns, embora inconsistentes, as tentativas de desconstrução das ações afirmativas a partir de critérios econômicos, que ignoram fatores antropológicos e psicológicos, próprios ao tema.

O critério das situações contingentes é mais sólido que os demais exatamente por vislumbrar em si os resultados almejados. Com ele, é alcançada inclusive a representação numérica de grupos determinados por características identitárias. Se dada situação prejudicial é mais recorrente entre os detentores de um traço, a ação que a contemple projetar-se-á neles.

Utilize-se o artigo 100, I, do pátrio Código de Processo Civil enquanto recurso didático a favor do entendimento do discurso em questão. O dispositivo, recepcionado pela Constituição Federal de 1988, determinou a competência do foro da residência da mulher para a anulação de casamento. Na regra, o critério ‘ser mulher’ é claramente inapropriado.

Se o que se planejava corrigir, no aludido dispositivo, era a situação de hipossuficiência de uma das partes, a melhor solução seria estabelecer a circunstância vivida pelo cônjuge como critério. Logo, seria competente o foro do domicílio do cônjuge desempregado, ou daquele sob cujo cuidado estão os filhos, ou ainda do cônjuge grávido ou responsável pela forma mais saudável de amamentação, e não simplesmente o da mulher.

A redação confere vantagens descabidas às mulheres que não vivem qualquer das situações de hipossuficiência que o legislador quis compensar. Ademais, a identificação grosseira e rotulatória do grupo a receber a reparação afasta do benefício conferido os poucos homens desempregados que desempenham atividades domésticas.

Obviamente, a hermenêutica pode mitigar os ônus da má redação do dispositivo através de interpretações extensivas. As leis, contudo não devem ser editadas conforme o grau de recorrência dos casos. Devem, sim, abraçar todas as situações, guardando, com a boa técnica legislativa, relação estreita entre os efeitos jurídicos e os elementos de discrimen. Isso não significa que as regras tenham de fazer menção expressa a todas as particularidades das circunstâncias concretas. Elas devem, porém, permitir o reconhecimento de fatos relevantes.

Por igual motivo, o artigo 37, VIII da Constituição Federal, que reserva vagas para indivíduos ‘portadores de deficiência’ no serviço público, deve ter o termo ‘deficiência’ lido circunstancialmente. A palavra ‘deficiência’, em si, remete a alguma finalidade. Haja vista ninguém ser onipotente, todos os indivíduos apresentam algum grau de deficiência.

Desse modo, a compleição física do surdo ou do paraplégico é característica particular a eles. As situações em que se inserem é que devem ser juridicamente relevantes. Alguns cegos, por exemplo, são hipossuficientes na travessia de ruas; outros, adaptados aos demais sentidos, não. Por outro lado, em uma sala escura, os videntes *costumam* ser hipossuficientes para localizarem-se, ao passo que os cegos não. Assim, as tentativas de realização da igualdade material, devem ser devidamente contextualizadas pelas ações afirmativas.

Para a reivindicação de direitos, felizmente, as formas de mobilização encontradas são livres. Apoiar-se na recorrência de situações de hipossuficiência vividas por um grupo organizado parece ser uma maneira plausível de trazer às discussões legislativas alguns fatos que, de outra forma, permaneceriam alheios ao exame dos feitores legais. O essencialismo é lançado, nesse sentido, como uma hipóstase, um almejado ideal intangível, a ser usado cautelosamente na conquista de direitos dos grupos ‘subalternos’. Com isso, a expressão *essencialismo estratégico* (SPIVAK, 1990, p.10-11) é, não raro, utilizada como um compressor de diferenças nas articulações políticas nascidas sob uma mesma bandeira.

Em contrapartida, uma inversão de prioridades aponta para o *universalismo estratégico* (GILROY, 2007, p. 122). Sua proposição retoma o tratamento dos indivíduos sob uma óptica de igualdade, abandonando o modelo universalista clássico e ingênuo, em que o referencial adotado são os homens brancos, cristãos, ocidentais. Segundo ele, as particularidades do mundo global devem ser atendidas através da coordenação de ações, sem que sejam feitas diferenciações quanto à identidade de seus empreendedores.

A concessão de direitos por parte do Estado tem de seguir este último raciocínio, distribuindo direitos não somente entre os integrantes das coletividades que apontaram certa vulnerabilidade, senão entre todos os que vivem a hipossuficiência a ser combatida. Tratando de igual forma a todos os que estão em situação idêntica, a lei se previne contra o arbítrio.

Destarte, o manifesto objetivo geral pretendido pela pesquisa é a proposição de adequações legislativas para que, por meio do critério da situação contingente, as ações afirmativas sejam capazes de promover a inclusão social dos indivíduos que vivem análogos quadros de exclusão, sem que se legalizem privilégios descabidos. Embora a pesquisa se refira às democracias de modo geral, ela recorre a bastantes exemplos da realidade nacional.

Especificamente, objetiva-se: (a) balizar o conceito de ação afirmativa; (b) demonstrar a incompatibilidade entre a valorização da dignidade individual e o uso de ações afirmativas fundamentadas no pertencimento a grupos delimitados através de características identitárias; e (c) encontrar técnicas eficazes de combate à discriminação indireta e à discriminação direta inexplícita que prescindam da categorização dos seres humanos segundo suas identidades.

O trabalho é acolhido pela linha de pesquisa chamada *Exclusão Social, Proteção e Defesa*, que acomoda perfeitamente, no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, estudos sobre a igualdade material. A natureza da pesquisa desenvolvida apresenta, pois, claro perfil sociojurídico. Seu tema, de natural repercussão jusprincipiológica lança luz sobre as estruturas sociais, cujas estratificações refletem a organização de papéis produtivos.

Tão importante assunto também resgata a constatação dos Direitos Humanos como fruto da perspectiva de que os indivíduos são a finalidade da sociedade que eles integram, e não seus instrumentos. Os possíveis desequilíbrios provocados pelo individualismo exacerbado devem ser vencidos pelo sentimento de solidariedade, voltado não só à individualidade própria, mas também à alheia. Qualquer distorção desse ideal resulta na distorção do próprio Estado Democrático devido à incoerência entre suas práticas e fundamentos pluralistas.

É precisamente no intuito de demonstrar que os princípios aplicados genericamente à totalidade do ordenamento jurídico devem ser conservados na proteção específica de certos grupos, que, na presente pesquisa, faz-se uso do método de abordagem dedutivo. Por sua vez, o método dialético permite confrontar teses e antíteses em vista do aprofundamento do assunto.

Procedimentalmente, é utilizado o método histórico, para que se compreendam os processos de especificação do sujeito. Além desse, o método interpretativo encontra os matizes de suas aplicações legais. Por último, o método comparativo proporciona um paralelo entre os diversos tratamentos jurídicos dados à matéria em casos nacionais e estrangeiros. A técnica utilizada é a documentação indireta, por pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legal.

A partir da referida metodologia, o texto apresentado é dividido em sucessivos capítulos. No primeiro deles, aborda-se a busca pelos elementos essenciais das ações afirmativas através dos diversos conceitos doutrinários a seu respeito. Na mesma seção, discute-se a nomenclatura dessas ações e a tipologia das discriminações que as originam.

O segundo capítulo trata da operacionalidade do critério das situações contingentes como delimitador exclusivo das ações afirmativas. Nele, são avaliados os impactos das idéias de antidiferenciação e de anti-subordinação sobre as leis, bem como as prioridades que o essencialismo e o universalismo assumem na escolha da melhor técnica legislativa.

Por fim, o terceiro capítulo enfrenta os entraves ocasionados pela atribuição de direitos a indivíduos em virtude de sua raça, gênero ou compleição física. A exposição dos processos históricos que culminaram com o uso dessas características na definição de direitos especiais aponta para a fragilidade dos referidos critérios e para o valor do real exame das situações.

## 1 OS ELEMENTOS ESSENCIAIS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Salvos os casos em que os autores emprestam-se o vocabulário, inexiste, na doutrina, uma completa simetria em relação ao conceito de ‘ação afirmativa’. Sequer a Organização das Nações Unidas, enquanto importante organismo de promoção da paz internacional, foi capaz de editar documento suficiente para delimitar o conteúdo da locução tão amplamente difundida no meio jurídico.

Chamadas de discriminações positivas na Europa, as referidas ações recebem diferentes significados. Pesquisadores divergem ao entendê-las ora como exclusivas manifestação do Poder Público, ora como expedientes compartilhados entre a iniciativa pública e a privada. A doutrina igualmente se divide quanto ao fato de protegerem somente indivíduos ou também grupos, e fornece pareceres quanto à questão de as ações afirmativas deverem destinar-se apenas a pessoas físicas ou extensivamente às jurídicas.

Devido à abrangência conceitual das ações afirmativas, é extremamente difícil apontar seguramente qual foi a primeira manifestação desse instituto. O termo *affirmative action*, por outro lado, surgiu nos Estados Unidos, com o *National Labor Relations Act* de 1935 que, influenciado pelo princípio inglês da *equity*, previa que o empregador deveria parar de discriminar negativamente empregados sindicalizados e tomar ações afirmativas para devolver-lhes a posição que ocupariam caso não tivessem sido injustamente onerados pelos patrões. Contudo, a expressão só ganharia destaque em 1961, quando o presidente Kennedy, ao expedir a *Executive Order nº 10.925*, faria referência a medidas para igualar oportunidades trabalhistas, sobretudo entre brancos e negros.

De maneira alheia à origem americana, o instituto da ação afirmativa fez aparição na Índia. Lá, registra-se, no final dos anos 1940, a criação de um sistema de cotas constitucionais a favor de parlamentares pertencentes às ditas castas inferiores, cujos papéis podiam ser desempenhados somente por indivíduos provenientes de posições superiores.

No Brasil dos anos 1960 materializou-se, do mesmo modo, uma ação afirmativa na chamada Lei do Boi (Lei nº. 5.465/1968). Seu artigo primeiro determinava percentagens mínimas - em favor dos agricultores e seus filhos - para o acesso ao ensino médio agrícola e às escolas superiores de Agricultura e Veterinária mantidas pela União.

Mais remotamente, o decreto brasileiro de número 19.482, de 12 de dezembro de 1930, já constituía ação afirmativa em uma medida que viria a ser incorporada no artigo 354 da CLT. Ela apresentava uma cota de dois terços para brasileiros natos na ocupação dos postos de trabalho. Tal previsão era justificada pela preferência das empresas sobre a mão-de-

obra de migrantes europeus, considerada mais especializada. Apesar da aparente anterioridade do Brasil em relação aos Estados Unidos no desenvolvimento de ações afirmativas, é inquestionável que a experiência norte-americana tenha sido mais expressiva que a nacional. Foi apenas com a Constituição de 1988 que se ventilou o tema na sociedade brasileira.

Em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo artigo II prevê que não haja distinção *de qualquer espécie* entre os indivíduos (seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem social ou riqueza), o preâmbulo da atual Lei Excelsa consigna o desejo por uma sociedade fraterna e pluralista. Destarte, o igual reconhecimento das dignidades de todos transparece a essência do ordenamento jurídico.

O artigo 3º da Magna Carta, por sua vez, fixa os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Entre eles, o Estado Democrático inclina-se: à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à erradicação da pobreza e da marginalidade; à redução das desigualdades sociais e regionais; e à promoção do bem de todos, sem preconceitos.

Nesses dispositivos, a igualdade estática das constituições anteriores, nas quais as discriminações negativas eram simplesmente proibidas através de uma ordem de abstenção, foi substituída por outra, dinâmica, fruto do agir. O Estado passou a destinar-se ao atendimento das necessidades de cada integrante de seu povo, desenhadas pelas condições sem as quais a própria existência da individualidade resta impossibilitada.

Decerto, existem muitas formas de realizar a inclusão social. A costumeira elaboração de ações afirmativas ancoradas nas diferentes maneiras individuais de ser ensejou erros conceituais na doutrina. Muitos autores inserem elementos eventuais no próprio conceito do instituto. A temporalidade, por exemplo, não tem, necessariamente, de recair sobre ele, mas sobre seu direcionamento ao indivíduo cuja hipossuficiência ou vulnerabilidade é transitória.

Outro mal-entendido, comum na terminologia do direito europeu, é a sinonímia aplicada entre ‘discriminação positiva’ e ‘ação afirmativa’. Normalmente, afasta-se o uso daquela expressão por reputá-la uma contradição. Contudo, literalmente, a palavra ‘discriminar’ não significa injustiçar, mas simplesmente diferenciar. A discriminação pode ser negativa, quando se rejeita um objeto em face de outro, ou positiva, quando se o prefere. Os dois tipos são verso e reverso da mesma moeda.

Além de comportar políticas de não-discriminação, as ações afirmativas não ensejam meras discriminações positivas, senão discriminações positivas com legítimos objetivos. Embora em seu capítulo 2, a constituição de 1996 da África do Sul trabalhe, mais apropriadamente, com o conceito de ‘discriminação justa’, as diversas maneiras de fixação social do indivíduo são mais bem traduzidas pelos termos americanos.

É certo que, se tal fixação depender de competições, ela possa advir de desvios meritocráticos, direcionados a beneficiar aqueles em situação de desvantagem. Não se deve favorecer irrestritamente quem tem mais condições de buscar uma capacitação além da exigida. As disputas precisam ser suavizadas em nome da distribuição de oportunidades. Contudo, para serem atendidos, os beneficiários desses abrandamentos devem ter a qualificação básica requerida.

Na França prolonga-se por décadas, a discussão acerca do procedimento diferenciado que se destina a grupos excluídos por características delimitadoras de identidades individuais partilhadas por seus membros. O entendimento do Alto Conselho de Integração fez com que se aceitasse, naquele país, somente admitir tratamentos distintos devido a diferenças de *situação contingente*.

Na prática, entretanto, o fato de pertencer a uma religião ou a solidariedades comunitárias teve algum aparecimento no direito francês. Ao contrário, no Brasil, a determinação de quais indivíduos devem ser beneficiários de ações afirmativas é freqüentemente simplificada através da generalizante verificação de qualidades de visualização imediata, como a raça e o gênero - processo incoerentemente chamado de “especificação do sujeito de direito”. Apesar do imperativo de inclusão de grupos vulneráveis, a razoável forma de identificá-los é essencial para legitimar o instituto estudado.

Um dos princípios constitucionais do Estado democrático é a impessoalidade. Ela não acarreta a ignorância das pontualidades individuais. Denota apenas, que, sob as mesmas condições experimentadas, a qualquer um possa ser destinado o mesmo tratamento. A norma, invocada no artigo 37 da Constituição Federal, não rege as relações particulares, nas quais, inevitavelmente, uns fazem juízo sobre o modo de ser dos demais e utilizam os traços individuais alheios como referências para suas condutas futuras.

De modo evidente, os comportamentos privados são construídos a partir de experimentos do ser cognoscente, capaz de estabelecer analogias e adotar posturas coerentes em circunstâncias desconexas, para a tomada de atitudes posteriores. Tal habilidade é fundamental ao aprendizado. Uma vez que a onisciência é uma faculdade impossível à condição humana, o preconceito - tomado no sentido de literal prejulgamento ou conceito formado antecipadamente, sem maior ponderação dos fatos – é parte natural das categorizações ligadas ao processo cognitivo.

Apesar da fragilidade do método indutivo, o silogismo montado para obtê-lo é um mecanismo de auto-proteção que nunca será abandonado. Não se podem apagar as experiências porque são elas o substrato de administração do perigo. O preconceito ganha o

significado corrente somente se aquele que o carrega não o vir como uma idéia aberta a novas constatações, deixando-se engessar por um *habitus* que gera a irracional incapacidade de suspender o juízo em oportunidades seguras para analisar o objeto concreto a ser valorado.

Em casos assim, ele origina infundadas suspeitas, ódio e aversão aos detentores de certas características. Para vencer esses efeitos maléficos, implementar a representação das plurais realidades que envolvem tais atributos seria um importante escopo das ações afirmativas que os usam como critério de especificação dos destinatários.

Através de cotas para a admissão trabalhista, por exemplo, os possuidores de um dado traço repudiado historicamente seriam instrumentos para demonstrar que – como qualquer indivíduo – são capazes de desempenhar papéis em que não estão satisfatoriamente inseridos. Por conseguinte, a sociedade seria beneficiada por volver cega às particularidades rechaçadas.

Ações afirmativas pautadas em características identitárias também são suportadas pelo argumento de que, como a maior parte de seus favorecidos protagoniza a *quase* totalidade das situações de hipossuficiência, pouco importa que alguns continuem indevidamente preteridos, desde que se gere o bem-estar a um número maior de indivíduos. Haja vista valorizar menos o exame das reais situações particulares do que os pretendidos ganhos sociais, a mencionada linha de atuação, incoerentemente atribuída à lógica da justiça distributiva, é, de costume, apontada como utilitarista (CRUZ, 2004, p. 137).

As várias justificativas embasadas na justiça distributiva dividem espaço, na doutrina, com outras, fundamentadas na justiça compensatória. O principal argumento destas reside na existência de uma dívida histórica entre grupos opressores e oprimidos, construída através de heranças culturais que carregam o peso das pretéritas explorações pelos ancestrais de uns sobre os dos outros. O mais forte óbice à idéia citada é a regra basilar de qualquer legislação sobre casos de responsabilidade civil por atos ilícitos, de que apenas aquele agente que de fato os praticou pode ser acionado judicialmente. Sem olvidar o suporte histórico, as dívidas entre exploradores e explorados são, na realidade, decorrentes de ações presentes e devem ter suas circunstâncias analisadas no tempo em que ocorrem.

Ambas as teorias criticadas - a ‘utilitarista’ e a da justiça compensatória – atropelam o principal lastro dos Direitos Humanos: o indivíduo tomado em sua unidade. Pautar decisões no benefício do maior número de indivíduos significa negar o valor daqueles a quem se impõem sacrifícios. Apesar de, quantitativamente, a democracia aparentar ser um regime de maiorias, qualitativamente, ela é concebida com a finalidade de amparar coletividades numericamente inferiores e, de modo mais extremo, cada um de seus integrantes.

Ainda que se admitam direitos coletivos, é mister visualizar que, em última instância, o alvo de sua proteção são os indivíduos. Até mesmo quando se destinam proteções especiais a pessoas jurídicas, elas devem ser vistas como escudo para aqueles cuja sobrevivência está intimamente relacionada a tal ficção. Em todo caso, a distinção de regimes tem de ser congruente com a desigualdade das *situações*.

A comunicação entre as diversas perspectivas individuais cria uma matriz resiliente de interação social, sobre a qual se constrói o pluralismo característico das democracias. Nelas, o pertencimento a um grupo definido pela forma de ser não pode consistir em critério de inclusão ou exclusão de benefícios. De tal modo, constrói-se uma oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual o organismo social vem antes dos indivíduos. Para se efetivarem os Direitos Humanos é necessário, primeiramente, portanto, reconhecer a individualidade de seus destinatários.

A fim de prover os meios para uma vida digna, o Poder Público deve considerar as conjunturas em que se encontram os indivíduos e promover adequações. Cabe-lhe apenas analisar como objetivamente são impostas restrições ao exercício da individualidade. Os pressupostos legais não devem ser as qualidades individuais, senão os denominadores comuns dos *contextos* em que elas se inserem. Se alguém sofre violência doméstica, merece apoio; se vive marginalização acadêmica, carece de ser arrastado à comunhão intelectual. Tudo independe de generalizações apoiadas em qualidades identitárias como ser mulher ou homem; negro ou branco; ‘detentor de deficiência’ ou não.

Esse posicionamento é, sabidamente, o fundamento das ações afirmativas. A partir delas, a vulnerabilidade é sopesada e a hipossuficiência afastada. Embora semelhantes, os conceitos de hipossuficiência e vulnerabilidade são distintos. Aquela é concreta, reconhecida na realidade vivida pelo indivíduo. A outra se configura a partir de uma presunção baseada em certa relação jurídica e, acrescente-se, no risco apresentado por ela. Os riscos possuem clara natureza estatística, evidente pelo estudo da recorrência de fatos. São, pois, potenciais. Jamais devem ser ignorados, mas tampouco devem ser responsáveis por um olhar absolutista na direção de suas previsões.

Certamente, alguns riscos são mais suportados que outros. Assim, admite-se que as referidas medidas tenham contornos menos provisórios quando, munidas de estudos detalhados, administram altos graus de perigo sobre um bem jurídico precioso. Posturas mais rígidas também são aceitas quando seu beneficiário é vítima de alguém que assumiu a possibilidade de danos a terceiros, como na oposição entre consumidor e empresário.

Haja vista existirem muitos modos de implementação do instituto definido pela expressão ‘ação afirmativa’, ao conceituá-lo, costuma-se incorrer no erro de enumerar elementos específicos de alguma de suas manifestações. Dessa maneira, os demais tipos possíveis restam imotivadamente descharacterizados como tais. Para encontrar o significado das ações afirmativas, tem-se de delimitar quais os elementos que, quando ausentes, desconfiguram-nas.

O uso atual do termo requer, pois, uma confrontação entre os entendimentos dos estudiosos que o mencionam, direcionada a encontrar um denominador comum que acolha todas as perspectivas defendidas. A partir dessa leitura conjunta, é possível categorizar as várias ações de inclusão propostas pela ONU.

### 1.1 EM BUSCA DE UM CONCEITO DE AÇÃO AFIRMATIVA

O discurso de Lyndon Johnson, proferido em 4 de junho de 1965, na Howard University pode ser considerado o primeiro esforço vigoroso para esclarecer a substância das ações afirmativas (BERNARDINE, 2002, p. 259). Naquela oportunidade, o então presidente norte-americano asseverou:

Não se limpam as cicatrizes de séculos dizendo: ‘Agora você está livre para ir aonde quiser, fazer o que deseja e escolher os líderes que achar melhor’. Não se transforma um homem que por anos ficou acorrentado, libertando-o, e levando-o ao início da linha de corrida, dizendo: ‘Você está livre para competir com todos os outros’, e ainda assim realmente acreditar que se está sendo completamente justo. Assim, não é suficiente abrir os portões da oportunidade. Todos os nossos cidadãos devem ter a habilidade de atravessar esses portões. Esse é o próximo e mais profundo estágio da batalha pelos direitos civis. Buscamos não apenas liberdade, mas oportunidade, não apenas a igualdade legal, mas a habilidade humana – não a igualdade como direito e teoria, mas igualdade como fato e resultado. (tradução do pesquisador)<sup>1</sup>

Da fala, deduz-se que as ações afirmativas seriam uma **compensação pelas condições históricas da subordinação ancestral** determinante do subdesenvolvimento das habilidades

---

<sup>1</sup> You do not wipe away the scars of centuries by saying: Now, you are free to go where you want, do as you desire, and choose the leaders you please. You do not take a man who for years has been hobbled by chains, liberate him, bring him to the starting line of a race, saying, "you are free to compete with all the others," and still justly believe you have been completely fair. Thus it is not enough to open the gates of opportunity. All our citizens must have the ability to walk through those gates. This is the next and more profound stage of the battle for civil rights. We seek not just freedom but opportunity - not just legal equity but human ability - not just equality as a right and a theory, but equality as a fact and as a result. (JOHNSON, 1966 p. 636)

dos membros de um **grupo**<sup>2</sup>, a fim de torná-los realmente **competitivos** em relação aos demais indivíduos da sociedade. Tal articulação esboçou um núcleo que viria a ser enraizado em muitas conceituações posteriores. Entretanto, sua reprodução acompanhou-se de sutis, mas significativas particularidades.

Segundo Cruz (2005, p. 143), de 1965 em diante, as ações afirmativas passaram a ser uma “[...] denominação generalizada de qualquer iniciativa tendente à promoção de integração, do desenvolvimento e do bem-estar das minorias [...]” discriminadas tradicionalmente “[...] em função de sua origem, raça, sexo, opção sexual, idade, religião, patogenia física/psicológica”. Assim, sua finalidade foi desviada da mera competitividade, para o **bem-estar** das **minorias**. Embora Gomes (2003, p. 24), sustente que a discriminação reveste-se inegavelmente de uma roupagem competitiva, ela também diz respeito ao isolamento de indivíduos, que devem ser incluídos na sociedade.

Sales Santos (2003, p. 96) afirma que um dos primeiros conceitos brasileiros do instituto em exame foi exposto, em 1997, pelo Grupo de Trabalho Interministerial para a Valorização da População Negra - GTI. Conforme o estudioso, há indícios de que seu verdadeiro autor tenha sido o coordenador do grupo à época, Hélio Santos, que o utilizou posteriormente em um artigo publicado em 1999, de acordo com o qual

As ações afirmativas são medidas especiais e temporárias, tomadas ou determinadas pelo Estado, espontânea ou compulsoriamente, com o objetivo de eliminar desigualdades historicamente acumuladas, garantindo a igualdade de oportunidades e tratamento, bem como de compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização, decorrentes de motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros. Portanto, as ações afirmativas visam combater os efeitos acumulados em virtude das discriminações ocorridas no passado. (SANTOS H., 1999, p. 156)

A referida formulação, acolhida por Vilas-Bôas (2003, p.29), além de retomar a importância da questão histórica para a igualação de tratamentos, fixou a exclusiva **iniciativa pública, a temporalidade e a especialidade** como componentes inafastáveis das ações afirmativas. Nessa esteira, ao exaltar a provisoriação desse instituto, Rabenhorst (2001, p. 106) agrega-lhe a condição de **cláusula exceptiva** da regra da igualdade.

---

<sup>2</sup> Segundo Fichter (1974, p. 83), os grupos diferem das categorias. Enquanto grupos sociais são formados sob elevados graus de comunicação e relacionamento, a categoria social é uma unidade em que inexiste necessária proximidade física ou interação entre seus integrantes. Nela, o elemento de coesão encontra-se no juízo do observador, que percebe, entre estes, alguma característica comum. Assim, os jogadores de um time de futebol formariam um grupo, e os admiradores do esporte, uma categoria. Entretanto, como de costume na literatura sobre ações afirmativas, os termos serão utilizados indistintamente em seu sentido mais amplo, a menos que se esclareça outro uso.

Pires (*apud* WUCHER, 2000, p. 54), em leve dissenso, julga que as discriminações positivas, como as chama, sejam **normas jurídicas** apenas *tendencialmente* temporárias, destinadas a **pessoas ou categorias de pessoas** em **situações desfavoráveis**. Complementarmente, Rocha (1996, p. 285-286) crê que não apenas **pessoas físicas**, mas inclusive **pessoas jurídicas**, pequenas empresas, empresas de propriedade de grupos minoritários étnicos, discriminados de forma geral (negros, mulheres) ou especial (orientais de alguns Estados) podem vir a ser destinatárias de ações afirmativas.

No mesmo raciocínio apresentado por Dworkin (2001, p. 443), Bergmann indica, com clareza, que as ações em apreço podem ser observadas na **iniciativa privada** e têm a acentuada função de promover a **representação** de grupos em postos raramente ocupados por seus participantes. Em exatas palavras, elas significariam

[...] planejar e atuar para pôr um fim à ausência de certos tipos de pessoas - aquelas que pertencem a grupos que estiveram subordinados ou deixados de fora de certos trabalhos e escolas. Trata-se do fato de uma companhia de seguros caminhar no sentido de quebrar sua tradição de promover apenas homens brancos às posições executivas.<sup>3</sup>

Joaquim Gomes destaca que as ações afirmativas constituem tentativas de concretização da **igualdade material** (GOMES, 2003, p. 20) de caráter não apenas repressivo, mas também **preventivo**. Ademais, ele articula, seus perfis **público e privado**, sob formas **compulsórias, facultativas ou voluntárias** a serem **desenvolvidas por entidades**. Ações afirmativas seriam, portanto, um

[...] conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária [...] e visam evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional

---

<sup>3</sup> “[...] planning and acting to end the absence of certain kinds of people - those who belong to groups that have been subordinated or left out-from certain jobs and schools. It is an insurance company taking steps to break its tradition of promoting only white men to executive positions”. (BERGMANN, 1997, p. 7)

universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito (GOMES, 2003, p. 27-28).<sup>4</sup>

Finalmente, Menezes (2001, p. 27) propõe, nas ações afirmativas, não só o vencimento dos efeitos nocivos de discriminações **passadas**, mas a extirpação dos malefícios de discriminações **presentes**. Sob a larga óptica apresentada,

A ação afirmativa, nos dias correntes, é um termo de amplo alcance que designa o conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade em razão, na maior parte das vezes, da prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas. Colocando-se de outra forma, pode-se asseverar que são medidas especiais que buscam eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que eles sejam neutralizados, o que se realiza por meio de providências efetivas em favor das categorias que se encontram em posições desvantajosas. (MENEZES, 2001, p. 27)

Do silêncio quanto à indicação do ‘agente afirmativo’, depreende-se que o autor admite essa qualidade tanto para pessoas jurídicas quanto para **pessoas físicas**. De tal sorte, constituiria ação afirmativa o fato de uma dona de casa, motivada pelo desejo de equilíbrio social, preferir contratar os serviços domésticos de uma mãe desamparada em detrimento daquele de uma jovem livre dos encargos da maternidade.

Juridicamente, contudo, ganham relevo especial as ações afirmativas elaboradas ou reguladas por entidades, visto terem o poder de atingir vários indivíduos a uma só vez. Instalada uma grande empresa, como uma indústria, por exemplo, nota-se intensa repercussão sobre a paisagem de um lugar e sua demografia (cf. BERCOVICI, 2005, p. 46). As políticas de seleção empregatícia utilizadas atingem, de igual modo, a população circundante.

Diante de tamanha diversidade de elementos, um conceito único de ação afirmativa tem necessariamente de envolver: (a) a iniciativa pública; (b) a iniciativa privada de pessoas físicas ou jurídicas; (c) a eventual temporalidade; (d) a especialidade/excepcionalidade; (e) a compulsoriedade; (f) a facultatividade; (g) a voluntariedade; (h) a capacidade preventiva; (i) o fim de estabelecer a igualdade material; (j) o fim de compensar dívidas históricas; (k) o fim de igualar condições de competição; (l) o fim de promover o bem-estar e a inclusão social; (m) o fim de prover a representação numérica; (n) o fim de vencer discriminações presentes

---

<sup>4</sup> Apesar de, no conceito formulado, o professor frisar que as ações afirmativas têm como finalidade específica a correção dos efeitos presentes da discriminação praticada no passado, ele também expõe a coibição de discriminações presentes como um de seus objetivos (GOMES, 2003, p. 30). De forma incompatível com a prioridade de combater a discriminação racial, de gênero e de origem nacional, o autor considera ainda que ações afirmativas possam ser destinadas a algumas categorias de empresa, segundo sua constituição patrimonial. (GOMES, 2003, p. 39)

ou passadas; (o) a destinação a minorias; (p) a destinação a pessoas físicas ou jurídicas; e (q) a destinação a coletividades.

A coordenação dos pontos contemplados prescreve que as ações afirmativas significam todas as medidas vocacionadas a suprir a hipossuficiência de pessoas e grupos vulneráveis, com o escopo de permitir-lhes uma digna inclusão social. Elas são quaisquer tentativas de concretização da igualdade material quando a mera igualdade formal não for bastante<sup>5</sup>. Tais tentativas implicam em distribuições mais equânimes dos bens na sociedade.

Por igualdade material, entende-se a igual consideração prática das diferentes necessidades dos indivíduos<sup>6</sup>. A igualdade formal, por sua vez, significa a adoção de modelos médios e generalizadores de necessidades, que, embora atribua aos indivíduos idênticos direitos e deveres, pode findar por tratá-los de maneira diferenciada, na medida em que provoca impactos distintos sobre cada um por não observar suas particularidades.

A igualdade material se identifica com a máxima de ‘igualdade perante a lei’, enquanto a igualdade formal é traduzida pela expressão ‘igualdade na lei’ (BANDEIRA DE MELLO, 1978, p. 14). Para Kelsen (1974, p. 204), contudo, a igualdade material é um mero desdobramento da igualdade formal, haja vista o estabelecimento do modelo legal ter de ser realizado de tal maneira que a lei seja sempre obedecida segundo os critérios estabelecidos por ela mesma.

Na busca por tamanho equilíbrio, tanto há ações afirmativas inclinadas ao saneamento de situações cuja disparidade teve causas relativamente recentes<sup>7</sup>, quanto há aquelas que, por meio da representação numérica de seus membros, voltam-se à compensação de lamentáveis quadros históricos. Em igual contraste, coexistem as que delimitam sua especificidade sobre pessoas categorizadas pela vivência de determinada contingência<sup>8</sup> e as que consideram a existência de vulneráveis identidades coletivas, classicamente postas por gênero, credo ou raça<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Ressalte-se que há uma grande diferença semântica entre proferir que as ações afirmativas constituem [algumas das] tentativas de concretização da igualdade material - como faz Gomes (2003, p.20) - e assertar que elas são **quaisquer** dessas tentativas, quando subsidiárias às disposições da igualdade formal.

<sup>6</sup> Apesar de o termo ‘pessoa humana’ remeter a um significado mais preciso que o da palavra ‘indivíduo’, a força da tradição individualista torna o uso desta mais expressivo na argumentação proposta no corrente escrito.

<sup>7</sup> Cite-se, por exemplo, a novel proteção materializada pela responsabilidade limitada de empresas individuais, trazida pela nacional Lei n.º 12.441/11.

<sup>8</sup> Esse é o caso do consumidor hipossuficiente, protegido pelo artigo 6º, inciso VIII do CDC.

<sup>9</sup> Verifica-se a referida consideração na política de cota para negros constante no artigo 289 da Constituição Estadual da Bahia.

Os dados confluídos permitem a percepção não só de medidas debruçadas sobre providências relativas à igualdade de condições competitivas<sup>10</sup> mas também de algumas dedicadas à genérica inclusão social e ao bem-estar<sup>11</sup>. Nesse panorama, elas podem ser temporárias ou não. Ao contrário do que possa parecer, as ações afirmativas não devem ter o uso evitado. Segundo Rabenhorst (2001, p. 106), sua excepcionalidade assinala somente a necessária fundamentação para que se proceda aos requeridos desvios sobre os consagrados parâmetros da igualdade formal.

A inexistência de uma completa congruência doutrinária a respeito do tema é incapaz de esvaziar o conteúdo do instituto por ele abordado. Na verdade, ela enriquece substancialmente o seu alcance e autoriza-o a perseguir os nobres objetivos ambicionados através de uma enorme pluralidade de meios.

## 1.2 NOMENCLATURA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS E TIPOLOGIA DAS DISCRIMINAÇÕES

A abrangência do conceito ora atribuído às ações afirmativas não permite a listagem das inúmeras formas como estas podem se manifestar. Tamanha amplitude evidencia a limitação das várias expressões que costumeiramente são empregadas como equivalentes ao referido termo. De fato, os pretensos sinônimos seriam melhor direcionados para indicar espécies do gênero definido pelas ações afirmativas.

Diante da pluralidade de medidas tomadas para afastar as iniquidades, existe a constante preocupação doutrinária em distinguir as *ações afirmativas* das *cotas percentuais* reservadas para que alguns grupos em situação de desvantagem ocupem postos de trabalho, assentos no parlamento e carteiras escolares (cf. RIOS, 2008, p. 186). Entretanto, olvida-se a tarefa de diferenciá-las das *medidas especiais temporárias*, das *discriminações positivas* e das *discriminações reversas*.

O ataque aos tipos nocivos de discriminação ganha especial relevo nas medidas recomendadas pela ONU. Assim, é de grande proveito a compreensão das modalidades discriminatórias que ensejam tantas articulações combativas por parte de entidades da esfera pública e da iniciativa privada.

---

<sup>10</sup> Estas são ilustradas pela reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as ‘pessoas portadoras de deficiência’, estabelecida pelo artigo 37, VIII da Constituição Federal.

### 1.2.1 As cotas e as ações afirmativas

As mais freqüentes e polêmicas formas de ação afirmativa são as cotas percentuais. Elas se destinam a integrantes de grupos de baixa representatividade nas posições sociais de maior prestígio. Kaufmann (2007, p. 227) adverte que, não raro, as próprias ações afirmativas são atacadas por serem identificadas exclusivamente com esse tipo de política.

Entre as justificativas para as cotas, aponta-se a compensação a que grupos minoritários fariam jus por terem vivido discriminações reiteradas através da história. Os principais contra-argumentos a esse respeito são estruturados sobre o patente desprezo que costuma ser oferecido à importância de se medir a influência que cada indivíduo afetado pelas cotas tenha exercido ou sofrido no cenário de segmentação da coletividade.

Rocha (1996, p. 286) defende as cotas, ao afirmar que suas políticas determinadoras primam sempre pela fixação de percentuais mínimos, para apenas garantir a presença de algumas minorias em determinadas funções. Com isso, seriam legítimas por deixarem à disputa livre da maioria a maior parcela de vagas em escolas e empregos.

Em concordância, Fiscus (1992, p. 51-52) admite as reservas por considerar que elas não violam o princípio da igualdade desde que sejam fixadas proporcionalmente, de acordo com a percentagem da população minoritária que vive na localidade de sua implantação. Da mesma maneira que o argumento de Rocha, essa idéia não prospera diante da necessidade de se auxiliarem inúmeros grupos vulneráveis e da impossibilidade de se identificarem e prestigiarem todos eles através do mecanismo das cotas.

Haja vista existirem características que, quando cumuladas sobre um mesmo indivíduo, criam incontáveis formas de agrupamentos estatísticos, é irrazoável exigir que cada organização social seja uma reprodução da comunidade em que se insere. Observar uma estrita proporcionalidade para todos esses agrupamentos é simplesmente impossível.

As mulheres, por exemplo, podem ser divididas entre brancas, negras e indígenas. Cada um desses subgrupos, por sua vez, é seccionado em mulheres heterossexuais, ‘homossexuais’ e ‘bissexuais’. A sucessiva cumulação de características chega a indicar grupos unitários, formados pelo indivíduo irrepetível que as concentra. Dessa forma é impraticável proceder a um estudo ou representação estatística sem dar maior relevo a um ou

---

<sup>11</sup> Tome-se por parâmetro a previsão brasileira de adaptações prediais urbanas ao indivíduo com deficiência, constante na Lei n.º 7.853/1989.

outro traço igualmente relevante para a configuração de uma identidade. Inevitavelmente, a proporção falhará quanto a algumas interseções de características.

Segundo Kaufmann (2007, p. 229), em se tratando da esfera educacional, as cotas para universidades nunca foram unanimemente consideradas legítimas. Nos Estados Unidos, país de onde se disseminou a discussão a respeito do assunto, admitiu-se o sistema de cotas em poucos casos. Haja vista ter sido diuturnamente atacada, a controversa modalidade de inclusão social é evitada na atualidade.

Mesmo que se admita a existência de direitos para grupos identitários generalizantes, as ações afirmativas, a fim de realizarem a igualdade material, devem ter o condão de garantir para as coletividades vulneráveis a *acessibilidade* aos bens sociais escassos. Observe-se, no entanto, que a implementação de cotas garante o *acesso* e não a *acessibilidade* para certas categorias humanas, deixando outras desamparadas. Há, por exemplo, profunda diferença entre proporcionar à categoria dos negros condições para que ela possivelmente ingresse no ensino superior e determinar que ela certamente irá fazê-lo.

Ao menos no tocante à raça, a imobilização numérica estabelecida pelas cotas é vedada pela legislação relativa aos direitos individuais e pela Constituição estadunidenses (Menezes, 2001, p. 31). Excepcionalmente, a proibição não se aplicaria a sentenças judiciais bastante incomuns e limitadas, em que o juiz considera o acusado renitente quanto ao combate de uma discriminação duradoura e comprovada.

Conforme já foi evidenciado, as cotas não são a única forma de ação afirmativa. Elas são apenas um dos mecanismos a favor dos grupos desfavorecidos. Há diversas outras medidas a se destinarem aos grupos fragilizados. O oferecimento de reforço escolar, a criação de cursos pré-vestibulares especializados, a disponibilidade de bolsas de estudos e a definição de incentivos fiscais são alguns exemplos das medidas usualmente praticadas combináveis entre si.

Enquanto as cotas são implacáveis com sua rígida demanda, um outro modelo estatístico oferece, de modo maleável, a designação de objetivos numéricos a serem observados na composição de coletividades humanas: as metas. Seu eventual descumprimento pode ou não suscitar sanções a depender da má ou boa fé do executor do programa. Por isso, as metas são denominadas ‘cotas flexíveis’ (KAUFMANN, 2007, p. 228).

A instituição de cotas simples, ao conceder vantagens para um grupo como um todo, incide no mesmo erro que fez aparecer a necessidade de implantá-las. Repetem-se as falhas do passado por não se julgarem os indivíduos segundo suas qualidades distintivas, mas pelos atributos gerais que possuem quanto à raça, sexo, religião, práticas sexuais ou composição

física. Em violação ao princípio da igual proteção, podem surgir desassistências e auxílios inapropriados. Por essa razão é que, geralmente, as cotas são adotadas como medidas especiais temporárias<sup>12</sup>.

### 1.2.2 Medidas especiais temporárias

Ressaltar a temporalidade das ações afirmativas significa dizer que elas sejam delimitadas no tempo, ou seja, que se possa prever, ainda que abstratamente, o seu fim. Tal idéia pressupõe, como diz Cruz (2005, p. 134), “[...] um corte estrutural na forma de pensar [...]” as leis. Contudo, admitir que ações afirmativas existam temporariamente significa legitimar a possibilidade de que no seu intervalo existencial elas promovam desvios principiológicos na persecução da equidade. Seguramente, no entanto, nem toda ação afirmativa deve ser de caráter temporário.

Ciente dos muitos termos destinados a definir as ações afirmativas, o Grupo de Trabalho sobre Minorias da ONU destacou, em sua primeira sessão, que a questão conceitual deve suscitar uma distinção entre medidas transientes (a serem ultrapassadas uma vez que tenham atingido seus propósitos, concentrados em assegurar a igualdade entre os grupos minoritários e as maiorias) e medidas destinadas a preservar a identidade dos grupos por quanto tempo a desejem (UNITED NATIONS, WORKING GROUP ON MINORITIES, 1995, p. 15).

Com entendimento semelhante, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Contra as Mulheres da ONU, CEDAW, também reconhece a necessidade de desambiguação entre a espécie temporária de ação afirmativa e o gênero. Em sua Recomendação Geral n. 25 (2004, p. 10), estabelece que há claras diferenças entre o propósito das ‘medidas especiais’,<sup>13</sup> previstas no parágrafo 1º e o daquelas do parágrafo 2º do artigo 4º da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, postas nas seguintes palavras:

---

<sup>12</sup> Apesar de, na maioria das vezes, serem vistas como medidas temporárias (cf. KAUFMANN, 2008, p. 221), as cotas também podem esboçar um caráter permanente, como ocorre na previsão constitucional brasileira para indivíduos com deficiência.

<sup>13</sup> A expressão “medidas especiais” é empregada como sinônimo de “ações afirmativas”. Entre os documentos internacionais, sua primeira aparição deu-se no artigo 1º, item 4, da Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pela ONU em 21 de dezembro de 1965.

Artigo 4º - 1. A adoção pelos Estados-partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.

2. A adoção pelos Estados-partes de medidas especiais, inclusive as contidas na presente Convenção, destinadas a proteger a maternidade, não se considerará discriminatória. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, ASSEMBLÉIA GERAL, 1979)

De acordo com a recomendação, as medidas referidas no parágrafo primeiro são de *natureza temporária*. Através de desvios de tratamento, elas visam a acelerar o processo de melhoramento das posições das mulheres, para que elas alcancem a igualdade de fato com os homens por meio de mudanças nas estruturas sociais e culturais.

No parágrafo segundo, prevê-se tratamento não idêntico de homens e mulheres devido às suas diferenças biológicas. As medidas nele previstas são de *natureza permanente* ou, ao menos, devem vigorar pelo tempo em que os avanços científicos e tecnológicos dispensarem-lhes alguma revisão. Assim, para se evitarem confusões, recomenda-se o uso da expressão *medidas especiais temporárias* sempre que se deseje a referência a medidas que tenham objetivos análogos aos elencados no parágrafo primeiro.

Da mesma maneira que a sinonímia entre ‘medidas especiais temporárias’ e ‘ações afirmativas’ pode ser afastada pela óbvia relação de conteúdo e continente, o uso equiparado do termo ‘ações positivas’ é repudiado pela Recomendação Geral nº. 25, devido à ambigüidade que ele gera (COMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN, 2004, p. 11).

Apesar de este último ser usado na Europa e em alguns dos documentos da ONU, ele assume um outro significado, conexo com a temporalidade das medidas especiais mas não restrito a ela. No Sistema Internacional dos Direitos Humanos, trata-se da ação estatal positiva, deflagrada em virtude de um dever de agir a ser observado pelo Estado em dada situação. Tal obrigação positiva contrapõe-se à negativa, em que o Estado tem de se abster (ALEXY, 1993, p. 419).

Para a promoção da igualdade material, um país como o Brasil, por exemplo, decerto necessita de muitas alterações de ordem estrutural que facilitem a distribuição dos bens sociais e o reconhecimento de identidades plurais. O alcance desse princípio, contudo, não deve ficar restrito a reformas tão profundas, pois sua realização pode demandar períodos de tempo muito longos, durante os quais, significativa parcela da sociedade ficaria impossibilitada de exercer seus direitos.

Assim, é indispensável que haja algumas medidas que atuem temporariamente sobre certos indivíduos, a fim de possibilitar-lhes esse exercício. Embora os documentos da ONU costumem reputar a temporalidade à própria essência das ações afirmativas, note-se que tal característica não há de ser um fator existencial dessas medidas. Elas não precisam deixar de existir após determinado intervalo. A temporalidade se refere somente à sua incidência sobre os indivíduos, que, uma vez igualados e incluídos, passam a prescindir delas.

Essas medidas devem estar sempre disponíveis para aqueles que se encontrem em situação de desvantagem diante dos demais. Por mais avançado que seja um Estado, dificilmente estará posta uma ordem completamente equânime, que dispense o uso de ações afirmativas. É a análise dos casos que permite apropriadas correções para a inclusão social.

O caráter temporário de algumas obrigações positivas estatais, em boa medida, limita a arbitrária categorização dos indivíduos em grupos identitários, para conferir-lhes díspares tratamentos benéficos. Uma vez alcançados os objetivos para que foram criadas as medidas, seu término tem por escopo evitar descabidas discriminações reversas a favor daqueles que outrora tenham sido afastados do gozo de seus direitos.

### 1.2.3 Discriminações legítimas

De origem latina, o verbo discriminar (*discriminare*) assume, em língua portuguesa, o sentido de “[...] diferenciar, distinguir, discernir [...]” (A., FERREIRA, 1999, p. 690). O processo de identificação de distinções e semelhanças que o verbete traduz é primordial para a construção do conhecimento e para a criação de qualquer ordem. Nessa esteira, Bandeira de Mello destaca que “[...] como as leis nada mais fazem senão discriminar situações para submetê-las à regência de tais ou quais regras – sendo esta mesma sua característica funcional – é preciso indagar quais as discriminações juridicamente intoleráveis” (1978, p. 16).

Ao tratar sobre a matéria, o autor ainda adverte que, para serem legítimas, as desequiparações propostas não podem atingir, de modo atual e absoluto, um só indivíduo. Ademais, as situações<sup>14</sup> contempladas por elas têm de conter traços que sejam efetivamente distintos entre si. Não se deixe de esclarecer que há de existir correlação lógica entre os fatores diferenciais apreciados e a distinção de regime estabelecida por motivo deles. Por fim,

---

<sup>14</sup> Bandeira de Mello também admite que as diferenças possam residir nas ‘pessoas’ para configurarem discriminações legítimas. As diferenças de identidade individual, contudo, não devem ser tomadas como objeto de discrimen, conforme será fundamentado adiante.

a dita correlação precisa ser pertinente aos interesses protegidos pela Constituição isonômica a que se subordina (BANDEIRA DE MELLO 1978, p. 53-54).

A despeito de os dicionários reputarem ao verbo ‘discriminar’ a realização de qualquer tipo de diferenciação, em linguagem jurídica, ele designa o tratamento distinto, no plano concreto, dado a objetos, indivíduos e grupos. Trata-se de ações e omissões. Seu caráter material não se confunde com as distinções realizadas mentalmente, por meio das quais se fixam preferências e repulsas na persecução de uma finalidade (RIOS, 2008, p. 15).

Comumente, as erigidas preferências resultam em *discriminações positivas*, e as repulsas, em *discriminações negativas*. No entendimento de Almeida (1997, p. 1-2), as duas são opostas e complementares, não podendo ser encontradas de forma dissociada. Toda discriminação pressupõe uma face negativa e outra positiva.

Embora haja discriminações simultaneamente negativas e ilegítimas, não se devem confundir as duas qualidades. Contudo, em dissenso, Vilas-Bôas confere à expressão ‘discriminação negativa’ a ilegitimidade contida na idéia de desprezo. Para a autora, o termo significa o tratamento destinado a “[...] um determinado grupo social ou um conjunto de pessoas que possuem características em comum, com o objetivo de menosprezá-las, dando a elas atributos e qualificações negativas”. (2003, p. 28).

Diante das ilegítimas discriminações negativas destinadas a grupos vulneráveis, procura-se restabelecer uma situação de equilíbrio social através da determinação de discriminações positivas a seu favor. Assim, no Direito europeu, costuma-se designar as ações afirmativas indistintamente pela expressão discriminação positiva (GOMES, 2003, p. 20). Ao tratar os dois termos como sinônimos, Luiz Ferreira e Alexandre Ferreira (2005, p. 3) entendem que se deve, nesse contexto, evitar a utilização da palavra “ação” na tradição jurídica brasileira, devido à possibilidade de acentuação do caráter instrumental das medidas especiais em prejuízo de sua natureza substancial. Não obstante, o termo ação afirmativa ainda é preferível diante da imprecisão finalística da expressão ‘discriminação positiva’.

Decerto, algumas ações afirmativas pressupõem o estabelecimento de distinções favoráveis a indivíduos ou aos grupos a que pertencem<sup>15</sup>, razão pela qual são apropriadamente chamadas de ‘discriminações positivas’. Todavia, nem todas as ações afirmativas partem do

<sup>15</sup> Gluck (2004, p.121-122) divide as ações afirmativas entre aquelas que contemplam o pertencimento a grupos e aquelas que dizem respeito às condições individuais. Para ele, as primeiras, denominadas ações positivas, podem ser utilizadas pelos integrantes de um grupo vulnerável sem que seja necessário verificar se eles são individualmente carecedores da medida. É o caso em que bastaria ser negro (rico ou pobre) para receber uma bolsa de estudos destinada a melhorar as condições dos afrodescendentes enquanto coletividade. As chamadas medidas de igualação positiva, por sua vez, só devem ser concedidas ao indivíduo que demonstre a necessidade

pressuposto da diferenciação. Muitas delas põem-se, de fato, sobre o princípio da não-discriminação, como, por exemplo, a determinação de construção de rampas – em vez de escadas – para o acesso a níveis superiores de edifícios. A medida é não-discriminatória na medida em que rampas podem ser utilizadas por todos, mas permitem também a locomoção facilitada daqueles que necessitam de cadeiras de rodas<sup>16</sup>.

Por ser equívoca, a expressão ‘discriminação positiva’ deve ser evitada como equivalente de ‘ação afirmativa’. Não são raras as discriminações positivas avessas à finalidade precípua de realizar a igualdade material. O separatismo racial do apartheid sul-africano é uma evidente referência de discriminações positivas que não buscavam igualar caucasianos e negros, mas subjugar estes através de um tratamento privilegiado aos brancos.

No entanto, a ONU apresenta motivo distinto para rechaçar o termo ‘discriminação positiva’. Segundo a Recomendação Geral nº 32 do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial das Nações Unidas, o termo ‘discriminação positiva’ é, no contexto dos padrões dos direitos humanos internacionais, uma *contraditio in terminis* e deve ser evitada (UNITED NATIONS, COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION, 2009, p. 4). A suscitada contradição, presente na língua inglesa, é fruto do significado que a palavra de radical latino assumiu nos países que adotam aquele idioma.

Garcia (2000, p. 100) explica que, desde a longínqua origem itálica até o contexto anglo-saxão e norte-americano, o verbete deixou de se referir ao inicial conceito neutro para abraçar um outro, pejorativo. Passou a representar, desse modo, distinções injustas calcadas em características identitárias de grupos e indivíduos. A exclusão social absorvida pelo novo conceito seria, então, incompatível com qualquer idéia de bom proveito agregada à palavra.

Pela mesma razão, evita-se o termo ‘discriminação reversa’, ainda mais controverso. Kaufmann (2007, p. 227) utiliza-o para designar as restrições indiretas que as ações afirmativas baseadas em discriminações de grupos podem gerar sobre os direitos daqueles que não são beneficiados por seus programas. Ao revés, Goldman (1979, p. 234) refere-se à citada locução de forma não degradante, como sinônimo da própria discriminação positiva justificada pela necessidade de inclusão dos grupos vulneráveis.

---

de um tratamento diferenciado em determinada situação concreta, a exemplo do indivíduo com deficiência, observado seu grau de debilitação.

<sup>16</sup> Adequações de natureza material são trazidas no direito norte-americano pelo nome de *accommodation clauses* (RIOS, 2008, p. 22).

Para designar as distinções legais inclinadas à promoção da eqüidade, tem-se empregado amplamente o termo ‘diferenciação’<sup>17</sup> (RIOS, 2008, p. 19). Embora a palavra ‘discriminação’ possa ser adjetivada de legítima ou ilegítima<sup>18</sup>, a ONU reconhece o último atributo como o único traduzido pelo substantivo. Com isso, o artigo 2º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência<sup>19</sup>, bem como os respectivos artigos primeiros da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher<sup>20</sup> e da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial<sup>21</sup>, assumiram apenas o valor prejudicial da palavra. Ainda no artigo 1º, item 4º, este último documento estabelece que

Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos de indivíduos que necessitem de proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, ASSEMBLÉIA GERAL, 1965).<sup>22</sup>

Na tentativa de regular o direito da *antidiscriminação*, o documento, no entanto, não deixa claro que formas de progresso podem ser consideradas *adequadas*, tornando impreciso o conceito da discriminação ilegítima. Nesse ponto, é necessário ressaltar que nem toda discriminação posta em lei (legal) é necessariamente legítima ou justa. Por vezes, as

<sup>17</sup> Segundo Boaventura de Souza Santos, “[...] as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza” (2003, p.56).

<sup>18</sup> A Constituição sul-africana, em sua seção 9, item 5, prefere denominar as discriminações de justas ou injustas.

<sup>19</sup> “‘Discriminação por motivo de deficiência’ significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, ASSEMBLÉIA GERAL, 2006).

<sup>20</sup> “Para fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, ASSEMBLÉIA GERAL 1979).

<sup>21</sup> “Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação racial” significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, ASSEMBLÉIA GERAL, 1965).

diferenciações legais ferem os princípios do ordenamento jurídico em que se inserem. Também há casos em que a principiologia de um ordenamento é incompatível com a isonomia, a exemplo daquela dos Estados escravocratas.

#### 1.2.4 Discriminações ilegítimas

Entre as formas de discriminação ilegítima observadas na sociedade, muitas são baseadas em juízos equivocados que atribuem incapacidades a indivíduos ou a certos grupos. Embora não sejam fundamentadas, essas máculas são largamente difundidas e definem evidentes comportamentos segregacionistas.

Sobre as mulheres, por exemplo, incide a pecha da histeria e da falta de controle, que as desabilitaria a uma vida social fora do espaço doméstico (CRUZ, 2005, p. 58). Aos negros, de forma semelhante, atribuem-se a inferioridade intelectual e a falta de civilidade (CRUZ, 2005, p. 109). Por sua vez, ‘homossexuais’ são considerados pervertidos (CRUZ, 2005, p. 85).

Todas as categorias sociais de que alguém participa simultaneamente são, em maior ou menor medida, determinantes de experiências sociais. A combinação de alguns traços estigmatizados enseja a ‘discriminação interseccional’, caracterizada por danos que não podem ser definidos pela simples soma dos ataques a cada critério de discriminação (RIOS, 2008, p. 59). De tal sorte, mulheres negras são vítimas habituais de um ‘sexismo racista’.

Nem sempre, entretanto, as modalidades reprováveis de discriminação se apoiam na depreciação das qualidades de um grupo. Algumas empresas, por exemplo, discriminam indivíduos durante o processo de contratação de mão-de-obra devido à probabilidade de elevação dos seus custos operacionais. Essa prática ocorre freqüentemente diante das necessidades especiais impostas por ‘deficiências’ e da potencial gravidez das mulheres (cf. BARROS, 1995, p. 138).

Sejam motivadas por praticidade ou por desvios de percepção, as discriminações ilegítimas manifestam-se nas formas direta e indireta (UNITED NATIONS, COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION, 2009, p. 3). A primeira, correspondente à teoria estadunidense do *disparate treatment*, abrange as medidas

---

<sup>22</sup> No mesmo sentido, dispõem o artigo 4º da Convenção contra a Discriminação da Mulher (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, ASSEMBLÉIA GERAL, 1979) e o artigo 5º, item 4, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, ASSEMBLÉIA GERAL, 2006).

estabelecidas com a evidente intenção de destinar tratamento díspar a determinado grupo vulnerável, de modo a provocar-lhe efeitos prejudiciais.

Já a discriminação indireta é conhecida nos Estados Unidos pelo termo *disparate impact* (impacto diferenciado). Ela se materializa em tratamentos formalmente iguais, desprovidos da intenção de discriminar, mas com impacto excludente sobre certa categoria. A mais destacada distinção entre a discriminação direta e a indireta é, pois, a *intencionalidade*.

#### 1.2.4.1 *Discriminação direta*

Por estar adstrita ao plano mental, a vontade de discriminar nem sempre é claramente perceptível na tomada de posturas. Ela se revela tanto nos fins almejados por uma medida, ato ou decisão, quanto nos meios empregados para alcançar um resultado aparentemente desconexo. Diante das várias maneiras como os desígnios podem ser externalizados, é conveniente agrupar as discriminações diretas por tipos.

Em menção ao direito norte-americano, Rios (2008, p. 91-96) apresenta uma tripartição da discriminação direta. Segundo o autor, pode-se classificá-la em discriminação explícita (*facial discrimination*), discriminação na aplicação de medidas (*discriminatory application*) e discriminação na concepção de ações (*discrimination by design*).

A discriminação explícita é a mais clara hipótese de manifestação direta. Nesse caso, a distinção pode estar estampada no texto instituidor de uma medida ou pode decorrer de um resultado imediatamente inferido, mesmo que o critério reprovável de diferenciação não haja sido literalmente empregado. Assim não importa, por exemplo, que uma legislação faça uso da palavra *negro* ou da expressão *descendentes de escravos*, para restringir aos destinatários o acesso a algum espaço público. Nas duas redações, existe discriminação racial explícita.

Ainda que uma medida não afete todos os membros de um grupo, poderá haver discriminação explícita em relação a ele. Portanto, caso alguma instituição admita apenas que mulheres com mais de trinta anos assumam determinado cargo, mas não estipule limitação equivalente para os homens, haverá discriminação direta explícita em virtude do sexo.

Menos formal, a discriminação na aplicação de medidas acontece quando, independentemente das intenções postas para a instituição destas, há propositada disparidade de tratamento no instante de sua execução. Este tipo de discriminação dá-se de maneira comissiva – como na hipótese em que uma sanção penal concebida de modo neutro é

deliberadamente destinada apenas a infratores homens – ou omissiva – exemplificada pela inaplicação de recursos públicos somente em localidades habitadas por famílias indígenas.

Por sua vez, a discriminação na concepção de ações ocorre na própria idealização de medidas cujos enunciados não expressam literalmente a intenção discriminatória que as motiva. Indicam-se, exemplificativamente, os casos em que, na pretensão de excluir candidatos negros, majoritariamente prejudicados por estatísticas educacionais, é exigida escolaridade superior à necessária para admissão em determinado cargo.

Nos casos de discriminação explícita, é evidentemente mais fácil demonstrar a intenção discriminatória. A mesma tarefa, todavia, é desafiadora diante do que o direito francês chama de discriminação oculta (BARROS, 2009, p. 1132), manifesta na aplicação e na concepção de medidas. Por mais difícil que seja, a identificação do propósito<sup>23</sup> discriminatório deve ser realizada através da análise contextual e histórica dos atos, único meio capaz de revelar-lhes os propósitos.

Decerto, o *animus discriminandi* não precisa ser comprovado através de provas diretas. O prejuízo estatístico sobre determinado grupo, quando somado ao exame da totalidade de outros fatos relevantes, pode permitir a inferência de finalidades hostis. Tem-se de destacar, entretanto, que segundo a doutrina americana da igual proteção (*equal protection doctrine*), uma medida não deve ser considerada inválida simplesmente porque afeta uma proporção maior de um grupo ou de outro (RIOS, 2008, p. 105).

Sob a constatação de que raramente uma medida é tomada por um motivo único, Rios (2008, p. 110) aponta três diretrizes destinadas a definir a reprovabilidade discriminatória dos atos multimotivados (*mixed motives*). A primeira chama-se ‘teste da mesma decisão’. Ela sustenta que se deve proceder a uma hierarquização das várias justificativas de uma medida, para identificar o seu fator preponderante. O ato será validado somente se restar demonstrado que, afastada a vontade de discriminar, a mesma decisão seria tomada.

A segunda diretriz é o *burden-shifting approach*. De acordo com essa técnica desenvolvida pela Suprema Corte estadunidense, cabe ao suposto discriminado demonstrar que a vontade de discriminar é a causa real de um determinado ato e que são falsos os outros motivos declarados pelo agente. Para o aparente discriminador, o ônus da defesa resume-se a

---

<sup>23</sup> Welch (1987, p.736) indica uma diferença entre propósito (*intent*) e motivação (*motivation*). Enquanto esta é uma operação mental silenciosa que constrói a razão subjetiva de uma ação, aquele é a vontade direcionada para a produção de um resultado cuja realização o ator conhecia ou devia conhecer ao agir. Devido à dificuldade de se demonstrar uma vontade direcionada ao propósito de discriminar, o autor propõe que a teoria da discriminação dê mais relevo à constatação da motivação do que à dos propósitos discriminatórios.

apontar alguma razão não discriminatória plausível, sem necessidade de comprovar que a alegada razão efetivamente motivou o ato.

Denominada ‘*one factor test*’, a terceira diretriz assume que, encontrado qualquer ânimo discriminatório, predominante ou não, a medida fundamentada nele deve ser considerada ilegítima. Segundo Rios (2008, p. 112), este último método é o que mais se afeiçoa ao desenvolvimento do direito da antidiscriminação, pois impede que seja validado qualquer ato com propósitos discriminatórios.

Não obstante, é preciso observar que, se uma característica for tomada como critério de distinção para o alcance de uma finalidade legítima com a qual guarda necessária relação, a vontade de discriminar será indiferente à validez da medida que estabelece a diferença de trato. Suponha-se, por exemplo, que, diante da inexistência de recursos tecnológicos para a adaptação de aeronaves à pilotagem de tetraplégicos, uma escola de formação de pilotos recuse a matrícula de um pleiteante que, desde o nascimento, não tem o domínio do movimento dos membros. Caso o encarregado do processo seletivo seja aquiescente com a eugenia nazista<sup>24</sup> e exponha, entre os motivos da rejeição, a aversão passional à compleição física do candidato, sua inadmissão ainda será legítima.

No caso apresentado, o ato discriminatório consiste na própria exteriorização do desprezo. Se a mencionada repugnância motivasse, de algum modo, a decisão, mas não fosse expressa, não se poderia falar em discriminação, uma vez que inexistiria qualquer ato ou omissão capaz de delimitar-lhe a forma. Todavia, segundo o ‘*one factor test*’, em qualquer das hipóteses haveria discriminação, ainda que indetectável. Apesar de mais segura, essa técnica deve ceder à verificação das incontestáveis necessidades para a execução de uma atividade.

No âmbito trabalhista norte-americano, tais necessidades contrapostas à discriminação direta são referidas pela expressão *bona fide occupational qualification* (RIOS, 2008, p. 113). A exigência de qualificação ocupacional de boa-fé representa uma excludente de ilicitude, cujos efeitos dependem da comprovação da imprescindibilidade da medida discriminatória por parte do instituidor do tratamento diferenciado. Importa reiterar que apenas são admitidas as distinções de tratamento se houver uma estreita relação entre o critério de diferenciação estabelecido e o exercício da função. Desse modo, concepções infundadas acerca de determinados grupos ou preferências de terceiros não são justificativas aceitáveis.

As medidas, decisões e práticas, na maior parte dos casos, não se revelam explicitamente discriminatórias. Seu enfrentamento exige, além da censura às manifestações

---

<sup>24</sup>Os nazistas cometem assassinatos em massa contra indivíduos com deficiência, para tornar ‘perfeita’ a raça ariana (CRUZ, 2005, p. 96).

intencionais – explícitas ou ocultas – o combate às suas ocorrências involuntárias. A discriminação indireta, fruto de práticas aparentemente neutras, cria impactos diferenciados perante diversos indivíduos e grupos.

#### 1.2.4.2 *Discriminação indireta*

Procedimentos intencionalmente neutros não podem ter o uso continuado quando operam a manutenção do *status quo* da discriminação. Toda medida com efeito discriminatório cuja adoção não seja estritamente necessária para a consecução dos objetivos do negócio (*business necessity*<sup>25</sup>) não tem validade diante do direito antidiscriminatório.

Com base na experiência estadunidense, a sondagem da discriminação indireta é feita, à primeira vista, através da produção de provas estatísticas a respeito do impacto mais agravado que uma prática ofensiva tem sobre determinado grupo. Estabelecido, assim, um *prima facie case*, o provável discriminador tem de expor motivos razoáveis para a sua postura ou apontar falhas técnicas nos estudos estatísticos. Para que a medida seja considerada válida, não basta a mera alegação de finalidades abstratamente compatíveis com as necessidades do negócio, tem-se de comprovar sua efetiva indispensabilidade. Porém, a jurisprudência estadunidense é inconstante quanto à aceitação de medidas diferenciadoras. Ora elas devem ser imprescindíveis para o negócio, ora basta que lhe sejam úteis (RIOS, 2008, p. 123-125).

Caso fique claro que o ato é indispensável, resta ao prejudicado pleitear o empreendimento de uma prática alternativa, eficiente para a atividade e estatisticamente menos severa sobre o grupo apontado. Embora seja razoável que, diante da simples indicação da medida alternativa, esta venha a ser implementada, a legislação norte-americana (*Civil Rights Act* de 1991) tem sido interpretada no sentido de que a adoção de providências com menores disparidades de impacto apenas será obrigatória se ficar provada a vontade de discriminar. (RIOS, 2008, p. 126).

Inexiste *animus discriminandi* quando os agentes decisórios atuam sob a crença da correção de suas decisões, ignorando os próprios desvios de percepção. Todavia, mesmo nesse caso, a discriminação persiste e deve ser combatida, afinal o objetivo do direito da antidiscriminação não é punir más intenções, mas assegurar tratamentos equânimes.

---

<sup>25</sup> Segundo Rios (2008, p. 125), a expressão *business necessity* é utilizada pela doutrina estadunidense para se referir à excludente de ilicitude do impacto discriminatório de modo genérico, abrangendo tanto a relação com a atividade (*job relatedness*) como as necessidades da atividade em sentido estrito (*business necessity*).

Lawrance III (1987, p. 322-323) salienta que dois fatores dificultam o reconhecimento da discriminação inconsciente. O primeiro é um mecanismo de autodefesa explicado pela teoria freudiana, através do qual o indivíduo foge do desconforto da culpa, negando o reconhecimento de idéias, desejos e crenças estigmatizantes que afrontam tudo aprendido como bom e correto. O segundo é a ubiqüidade de generalizações culturais, por meio das quais se transmitem compreensões tácitas, dificilmente experimentadas em nível consciente.

Portanto, o autor (1987, p. 355-356) esclarece que é necessário realizar uma leitura cultural da sociedade (*cultural meaning test*), para verificar como os padrões dominantes recaem sobre as medidas com distintos impactos sobre vários grupos. Se os resultados reforçarem estigmas, aquelas deverão ser consideradas formas de discriminação inconsciente difusa. A discriminação social disseminada é fruto da conexão entre a discriminação passada sobre certas coletividades e a situação desvantajosa experimentada, de modo disperso, por muitos de seus integrantes no presente.

Sob a perspectiva tradicional, a discriminação seria resultado de ações (ou omissões) explícitas, intencionais e episódicas praticadas por indivíduos ou grupos pequenos e definíveis contra certas categorias sociais e seus integrantes. Com caráter múltiplo ou singular, ela teria origem em concepções hostis não-fundamentadas acerca dos discriminados, em função de sua mera pertinência às respectivas categorias. Nessa esteira, a discriminação tenderia ao desaparecimento com o progresso racional da sociedade (RIOS, 2008, p. 135)

Por sua vez, a óptica da discriminação institucional destaca os contextos sociais e organizacionais enquanto verdadeiras origens dos comportamentos discriminatórios. A livre vontade individual é contraposta à dinâmica social e à ‘normalidade’ discriminatória que perdura na atitude de indivíduos e instituições que rejeitam sua prática consciente. Nesse panorama, a palavra ‘instituição’ abrange “[...] desde as normas formais e as práticas informais das organizações burocráticas modernas até as pré-compreensões mais amplas e difusas, presentes na cultura e não sujeitas a uma discussão prévia e sistemática” (RIOS, 2008, p. 136). A discriminação institucional parte de múltiplos agentes que praticam uma multiplicidade de ações rotineiras de caráter involuntário ou voluntário, explícito ou oculto.

A análise da discriminação institucional permite sinalizar as vantagens experimentadas pelos grupos opressores, cujos benefícios são freqüentemente contabilizados como questões de merecimento individual e não como privilégios corporificados por meio de uma noção tendenciosa de ‘normalidade’. Tal noção faz com que os grupos subordinados, a fim de se sentirem parte dos grupos dominantes, assimilem suas referências culturais e sociais, em detrimento daquelas que originalmente os caracterizavam. Esse processo de aculturação

ocorre em diferentes níveis e envolve desde a participação nas instituições dos grupos dominantes até a formação de famílias mistas (RIOS, 2008, p. 141).

Imposições assimilacionistas constituem clara violação ao direito da antidiscriminação e não podem deixar de ser afastadas. As maneiras mais sutis de discriminação, se ignoradas, são extremamente perigosas. Não obstante, Magnoli (2009, p. 158-159) apresenta objeção à comum idéia de que as formas involuntárias e envergonhadas de discriminação superam a prejudicialidade das manifestações assumidas e ratificadas. Afinal, crenças reputadas corretas resistem mais que aquelas reconhecidamente reprováveis. Assim, ainda que ocorram discriminações ilegítimas de modo velado, a forma proporcional de combatê-las depende de ações igualmente inexplícitas.

Se a discriminação involuntária provoca impacto desproporcional sobre certos grupos através de meios oblíquos, é possível contorná-la de forma igualmente indireta. Para tanto, basta tomar como discriminatórias todas as medidas que procedam a distinções de tratamento a partir de critérios alheios à finalidade para que foram estabelecidas. Se, por exemplo, inconscientemente, discriminam-se negros através da exigência de uma formação educacional acima da necessária para o desempenho de determinado trabalho, o parâmetro da discriminação não precisa ser tomado sobre o grupo negro, senão sobre todos os indivíduos que, apesar de aptos para a função não alcançam a exigência descabida.

No afã de se vencerem todas as formas de discriminação, vários tipos de ação afirmativa costumam ser perfilhados. Entretanto, ganham especial relevo nos debates doutrinários, parlamentares e judiciais, aqueles que delineiam uma proteção especial a grupos definidos por características identitárias. Em sua defesa, são reiteradamente destacados alguns elementos, discutidos a seguir.

### 1.3 OS CONSAGRADOS ELEMENTOS INCIDENTAIS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Embora não sejam essenciais à configuração das ações afirmativas, quatro elementos parecem ser freqüentemente lembrados (cumulativa ou alternativamente) pelos doutrinadores que se lançam sobre elas. Citam: (a) a sua legitimidade face à **supremacia do interesse público sobre o privado**; (b) a inclinação à defesa das **minorias**; (c) a finalidade de promover a **representação estatística de grupos excluídos** (por etnia, sexo, credo ou compleição física) e; (d) a finalidade de **compensar dívidas históricas**.

Em torno dos aludidos aspectos, montam-se claramente as principais correntes de justificação das medidas estudadas e as maiores controvérsias sobre o assunto. Os conflitos argumentativos travados cumprem o importante papel de sondar as bases em que se deve apoiar a realização da eqüidade.

Promover a igualdade material é objetivo perene da exaltação dos vários argumentos que se põem contra ou a favor de cada uma das modalidades de ação afirmativa. Através da constância desse interesse, torna-se possível estabelecer diálogos entre idéias bastante assimétricas, sintetizadas na contraposição do coletivismo ao individualismo.

### **1.3.1 A legitimidade das ações afirmativas e a supremacia do interesse público sobre o privado**

É freqüente o entendimento de que a eqüidade buscada pelas ações afirmativas não é um direito individual, mas um daqueles que pertence à sociedade (cf. DWORKIN, 2001, p. 443). Sua persecução estaria protegida pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, no qual se costuma fundamentar uma série de prerrogativas da Administração Pública, facilmente exemplificadas, no Brasil, pela possibilidade de se promoverem desapropriações e pelos privilégios processuais da Fazenda Pública (SARMENTO, 2006, p. 311-312).

O citado princípio é amplamente invocado na doutrina pátria. Na lição de Bandeira de Mello (2003, p. 60), ele envolveria apenas os interesses públicos primários, relacionados ao Estado como a encarnação das vontades de seus cidadãos direcionadas ao ‘bem geral’ da sociedade, não alcançando os interesses públicos secundários, correspondentes aos interesses do próprio Estado como pessoa jurídica. Contudo, pode-se estendê-lo ao alcance de uma terceira acepção do ‘interesse público’, inclinada a interesses originariamente privados, mas estabelecidos por um ordenamento jurídico como indisponíveis (ANDRADE, A., MASSON, C. ANDRADE. L., 2011, p. 17).

De acordo com Benjamin (1995, p. 90-91), inexistiria antagonismo entre os direitos individuais e os interesses públicos primários. Estes últimos não encontrariam rivais por deterem uma conflituosidade mínima, fruto de um real consenso da coletividade. Tal compreensão é, em certa medida, contraposta à de Freitas (2004, p. 34-36) que, ao invés de referir-se ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, destaca apenas o “princípio do interesse público”. Conforme este, deve preponderar a vontade geral legítima

sobre a vontade egoisticamente articulada, desde que se subordinem as ações administrativas à dignidade da pessoa humana.

A existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular também é contestada por Sarmento (2006, p. 313) sob o argumento de que ele oferece riscos à tutela dos direitos fundamentais, numa absoluta inadequação com o estatuto axiológico do Estado Democrático. Ademais, ressalte-se a indeterminação do conceito de interesse público. Sua instabilidade adveio do pluralismo das sociedades contemporâneas – prejudiciais à noção homogênea de vontade geral – e do delineamento de uma esfera pública não-estatal, tomada por ONGs, entidades de classe e outros movimentos sociais (SARMENTO, 2006 p. 329).

Costuma-se fundamentar a supremacia do interesse público em duas teorias morais distintas com alguns denominadores comuns: o organicismo e o utilitarismo. Para a primeira, o interesse público seria algo mais importante que o “[...] somatório dos interesses particulares dos membros da sociedade política, enquanto para o utilitarismo ele confundir-se-ia com tais interesses, correspondendo a uma fórmula para a sua maximização” (SARMENTO, 2006, p.332). Em extremo oposto, a tese da supremacia incondicionada dos interesses individuais sobre os da coletividade assenta-se sobre o individualismo.

O individualismo extremo baseia-se em uma concepção atomizada da sociedade, que relega a um papel secundário os laços de solidariedade e os interesses comuns compartilhados no meio social. Considerados abstrações incorpóreas, sem carências materiais, os indivíduos têm ignorados os constrangimentos provocados à autonomia de sua vontade pela hipossuficiência econômica e pela desigualdade de poder. De forma caricatural, pode-se afirmar que, para o individualismo, a sociedade é o lugar da competição, e não da cooperação, uma vez que ensejaria apenas a prosperidade dos mais aptos, em um tipo de seleção social (SARMENTO, 2006, p. 343).

Por outro lado, o organicismo é uma teoria que concebe qualquer comunidade política como um “todo vivo”, cujos integrantes, desprovidos de auto-suficiência, não são tomados unitariamente, mas como órgãos a desempenharem papéis em um corpo. Se, para o individualismo, o motivo existencial do Estado ou da comunidade é o bem-estar individual, para o organicismo a realização dos fins sociais deve ser o objetivo mais elevado de cada um de seus membros. Endossada por Durkheim (cf. 1999, p. 175-176), a mencionada teoria tem suporte nas obras de Platão (cf. 1997, p. 143-144) e Aristóteles (cf. 1991, p. 5).

Segundo Weber (1991, p. 8-9), o organicismo deve ser refutado a partir da constatação de que o ser humano, apesar do natural impulso gregário, não pode ser reduzido a um órgão dentro de um todo maior. Em consonância, Sarmento (2006, p. 335) enfatiza que cada

indivíduo é um valor em si, independentemente do papel que desempenhe na sociedade. Embora a vida humana tenha uma importante dimensão pública, ela é desprovida de sentido sem a dimensão privada, articulada pelos objetivos individuais, independentes dos interesses de toda a comunidade.

Na lição de Bobbio (1992, p. 4), a afirmação dos Direitos Humanos deriva de uma radical inversão de perspectiva, “[...] segundo a qual, para conhecer a sociedade, é preciso partir de baixo, ou seja dos indivíduos que a compõem, em oposição à concepção orgânica tradicional”. Diante da inviabilidade do organicismo, alguns posicionamentos utilitaristas constituem fundamento alternativo para o princípio da supremacia do interesse público.

É importante salientar que o utilitarismo não constitui uma nova roupagem do organicismo. Precisamente por reconhecer uma igualdade intrínseca entre todos os indivíduos, a fórmula básica do utilitarismo, expressa por Hutcheson (p. 182, 1738), prescreve que a melhor conduta é aquela que proporciona a maior felicidade para o maior número.

Além da quantidade de indivíduos beneficiados, a maioria das concepções utilitaristas leva em consideração uma escala de importância dos interesses ao confrontá-los. Destarte, é possível, por exemplo, sacrificar interesses ‘fracos’, com ‘peso 1’, de 4 indivíduos, em proveito de um interesse ‘forte’ de um único indivíduo, ao qual se atribua um peso 5. Se os interesses em jogo fossem iguais para todos, a solução proposta seria inviável e a questão teria desfecho contrário, com o sacrifício do interesse de um só membro da comunidade, justificado pelo ganho superior no atendimento daqueles dos demais.

Difunde-se amplamente a idéia de que tal corrente filosófica é condenável por não levar em consideração a maneira como é distribuído na sociedade o total gerado de felicidade, bem-estar, prazer ou preferências racionais, admitindo que uma minoria testemunhe seus interesses serem desprezados, desde que a quantidade de felicidade alheia produzida a partir desse sacrifício seja superior à de infelicidade. Ademais, o utilitarismo consistiria em uma forma de consequencialismo para o qual importariam apenas os desdobramentos mediatos ou imediatos de uma conduta, e não as suas formas de execução (SARMENTO, 2006, p. 338) .

Para o entendimento da matéria, é oportuno resgatar alguns dos famosos ataques articulados por Rawls<sup>26</sup> contra o utilitarismo. Segundo o autor, a referida doutrina ética não leva a sério as diferenças entre os indivíduos quando estende o uso da chamada prudência

---

<sup>26</sup> Rawls (2000, p. 25) toma por referência a doutrina que chama de ‘clássica’, cuja formulação mais acessível reputa a Sidgwick. Contudo, Jacobson (2008, p. 167) adverte que, em vez de usar a expressão ‘doutrina clássica’, Rawls teria mais acertadamente se referido a uma ‘doutrina ortodoxa’ do utilitarismo, de forma a evitar um mal-entendido histórico, pois as críticas de Rawls não se aplicariam a Stuart Mill, um utilitarista clássico não ortodoxo.

racional ao conjunto da sociedade (RAWLS, 2000, p. 30). Ao passo que, para um indivíduo, é necessário proceder a um balanço entre as perdas e os ganhos de suas condutas em relação a seus interesses – eventualmente sacrificando alguns em detrimento de outros – uma sociedade não pode tratar as metas de seus componentes da mesma maneira, pois não apresenta um conjunto de desejos que seja fruto de uma verdadeira unidade racional.

Com isso, o utilitarismo não seria individualista, porque a relevância do interesse dos indivíduos dependeria do cálculo do interesse geral. Tratar-se-ia de uma teoria coletivista que trata do bem independentemente do justo (RAWLS, 2000, p. 32). Até mesmo as preferências ilegítimas, como os desejos de discriminar ou subjugar, pesariam de alguma forma no cálculo utilitarista (RAWLS, 2000, p. 33).

Portanto, Rawls acusa o utilitarismo de considerar bem ordenadas as sociedades que privam indivíduos da satisfação de seus interesses em prol da maximização do bem-estar, ignorando princípios de justiça distributiva. Na visão do autor, “[...] se a distribuição de bens for também considerada como um bem [...] de ordem superior, e se a teoria nos orienta a produzir o máximo de benefícios [...], já não [há] uma visão teleológica no sentido clássico” (RAWLS, 2000, p. 27). Conforme Sarmento (2006, p. 341), a teoria de Rawls apresenta-se em consonância com o reconhecimento da dignidade humana, a partir do qual nenhum indivíduo pode ser tratado como meio para o atingimento de fins sociais, por mais relevantes que sejam.

Embora existam controvérsias quanto à validade de tais críticas e ao suposto desmantelamento do utilitarismo como doutrina ética (cf. BONELLA, 2003; GUISÁN, 1998; JACOBSON, 2008), elas são bastantes para afastá-lo da fundamentação do princípio da supremacia do interesse público. Haja vista não deixarem espaço para a concretização dos direitos humanos como algo situado acima dos interesses das maiorias, as teorias morais que incorporam os traços criticados são incompatíveis com o Estado Democrático.

Sarmento (2006, p. 333) propõe que a prevalência entre interesses públicos e privados seja aferida na situação concreta, mediante uma ponderação equilibrada e proporcional, baseada em uma concepção que chamada de personalista. Essa perspectiva têm o referencial na pessoa humana, mas não a enxerga como uma razão desencarnada sem carências e fragilidades. Para ela, o Estado tem o importante papel de auxiliar na criação das condições necessárias para garantir a livre realização das escolhas dos indivíduos, recusando-se a instrumentalizá-los em quaisquer circunstâncias. Reconhecem-se seres racionais com competência moral para escolherem o norte das próprias existências.

A incisiva defesa dos direitos fundamentais não significa sua imunização absoluta diante da possibilidade de ponderações frente aos interesses públicos, nem aniquila a existência destes. Porém, é razoável reconhecer, nas palavras de Alexy (2004, p. 207), uma “precedência *prima facie*” dos direitos fundamentais. Tal precedência, a ser observada por todos os Poderes Públícos, atribui-lhes um peso superior no processo ponderativo, tornando o ônus de argumentação maior para que os interesses públicos possam vir a, eventualmente, vencê-los. Para a teoria da supremacia do interesse público sobre o particular, ocorre exatamente ao revés, pois os direitos fundamentais já partem em posição de desvantagem.

Dentro de uma lógica personalista, tanto é absurdo falar na supremacia do interesse público sobre o particular, como na primazia incondicionada dos direitos individuais em relação aos interesses da sociedade. Assim, se não for observado o princípio da proporcionalidade, Sarmento (2006, p. 378) posiciona-se pela inadequação da ascendência do interesse público sobre o particular mesmo nos casos em que o último não se qualifica como direito fundamental.

Entre os interesses públicos e particulares, cabe destacar a existência dos interesses coletivos *latu sensu*, também conhecidos por transindividuais ou metaindividuais. Benjamin (1995, p. 90) expõe que, enquanto a “conflituosidade mínima” deve pautar os interesses públicos primários, os interesses coletivos surgem de situações de alta conflituosidade, diferença que os impediria de ser acatados como subdivisão daqueles. A pluralização da sociedade, no entanto, ajuda a tornar tal segmentação cada vez menos delimitável.

A solução judicial de questões de grupos, classes ou categorias de pessoas remete às ações de classe do Direito norte-americano (*class actions*), com raízes fincadas nas cortes medievais inglesas. “Pelo *bill of peace*, o autor de uma ação individual requeria que o provimento englobasse os direitos de todos os que estivessem envolvidos no litígio, para que a questão fosse tratada de maneira uniforme, evitando a multiplicação de processos” (MAZZILLI, 2008, p. 48).

No entanto, Tácito (1984, p. 10) dá destaque à necessidade de se ampliar o âmbito dos direitos humanos de forma a abranger não apenas os direitos de uma ou alguns indivíduos determináveis. Além dos direitos individuais e dos direitos de categorias ligadas por relações jurídicas, devem-se firmar, também, os interesses de grupos integrados por uma pluralidade de pessoas indeterminadas, vinculadas somente por um mesmo interesse comum. Os interesses coletivos *latu sensu* dividem-se, pois, em (a) difusos, (b) coletivos *strictu sensu* e (c) individuais homogêneos, aos quais correspondem categorias homônimas de direitos.

Os interesses difusos possuem objetos indivisíveis e surgem de uma situação de fato que liga indivíduos indeterminados ou indetermináveis. Exemplificativamente, pode-se afirmar que a poluição atmosférica por uma indústria é oponível ao direito difuso à preservação do ar, cujo atendimento não é passível de repartição entre seus indetermináveis beneficiários. Em acréscimo à definição, Hugo Mazzilli acrescenta que

Há interesses difusos: *a)* tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público (como o meio ambiente como um todo); *b)* menos abrangentes que o interesse público, por dizerem respeito a um grupo disperso, mas que não chegam a confundir-se com o interesse geral da coletividade (como o dos consumidores de um produto); *c)* em conflito com o interesse da coletividade como um todo (como os interesses dos trabalhadores na indústria do tabaco); *d)* em conflito com o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica [como o interesse dos cidadãos na segurança contra a escolha estatal em gastar menos nesse setor, no afã de reduzir os gastos públicos] [...]; *e)* atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si (interesses transindividuais reciprocamente conflitantes, como os dos que desfrutam [...] da animação dos chamados trios elétricos carnavalescos, em oposição aos interesses dos que se sentem prejudicados pela correspondente poluição sonora). (MAZZILLI, 2008, p. 48)

Embora haja eventual coincidência entre o interesse de um grupo indeterminável de pessoas com o interesse do Estado ou da sociedade, os interesses difusos não constituem simples subespécie de interesse público. De fato, não são todos os interesses difusos que desfrutam da comunhão social ou estatal.

Por sua vez, os interesses coletivos em sentido estrito orbitam objetos indivisíveis, ligados a titulares determinados ou determináveis. Estes devem pertencer a grupo, categoria ou classe, formados a partir de uma relação jurídica básica anterior à lesão cuja reparação desperta o interesse em tela. Tal relação há de ser estabelecida entre os membros do próprio grupo, categoria, ou classe, ou entre cada um deles e o lesante (MAZZILLI, 2008, p. 55).

Caso, por exemplo, um Tribunal venha a desrespeitar a regra do Quinto Constitucional constante no artigo 94, lesionará um interesse coletivo indivisível dos integrantes da Ordem dos Advogados do Brasil, cuja existência se pauta em uma relação jurídica básica anterior ao dano. Do mesmo modo, uma ação coletiva que vise à nulificação de cláusula abusiva em contrato de adesão, se julgada procedente, irá assegurar um bem impassível de divisão entre cada um daqueles que contrataram com o lesante. A ilegalidade da cláusula não será maior para quem tenha dois ou mais contratos em vez de somente um: ela será igual para todos.

Por fim, os interesses individuais homogêneos são compartilhados por indivíduos determinados ou determináveis, agrupados em torno de uma lesão de origem comum sobre

bens divisíveis entre eles. O surgimento dos interesses individuais homogêneos dá-se, normalmente, pelas mesmas circunstâncias de fato (MAZZILI, 2008, p. 56).

Tem-se um exemplo do referido tipo de interesse na situação dos compradores de veículos produzidos com o mesmo defeito de série. Cada um desses indivíduos, precisamente determinados, buscará o direito divisível à reparação devida. Destarte, o consumidor que adquiriu dois carros fará jus a indenização dobrada em relação à do que comprou somente um.

Embora haja questionamentos a respeito do real enquadramento dos interesses individuais homogêneos entre os interesses coletivos em sentido amplo, a doutrina insiste em mantê-los na posição estudada, pela forma como são tutelados (WATANABE, 1998, p. 634). Sejam individuais, coletivos ou públicos, os interesses abraçados pelo Estado Democrático hão de visar à dignidade humana, a fim de proporcionar a plena fruição do bem-estar físico e mental de cada indivíduo. Na percepção de Tácito (1984, p. 13), tem-se de preservar a idéia de que eles serão sempre seus destinatários finais, quer se encontrem sós ou em comunhão.

Nessa esteira, é primordial também subordinar o desenvolvimento de ações afirmativas ao conceito de dignidade. Os indivíduos precisam ser avaliados pelo Poder Público enquanto fins e não meios para a realização dos interesses da coletividade. Desprezar tão básico preceito equivale a ignorar os fundamentos atuais da democracia.

### **1.3.2 A destinação de ações afirmativas a ‘minorias’**

Ao condicionar as ações afirmativas ao objetivo de satisfazer necessidades de grupos minoritários, alguns doutrinadores implicitamente determinam que quaisquer outros procedimentos que não o persigam não poderão ser assim denominados. Porém, diante da polissemia da expressão ‘minorias’, é razoável tomar tal limitação apenas como um veículo introdutório de algumas das intenções da ação afirmativa. A fim de entendê-las, é indispensável, alcançar os significados da palavra em questão.

O perigo de encontrar-lhe um valor estático é, segundo Sanches (2007, p. 411), a limitação da aplicabilidade de normas jurídicas aos grupos expressamente beneficiados em lei, negando-se reconhecimento àqueles compostos por indivíduos que, apesar de resguardarem particularidades, apresentam reivindicações comuns. Maia (2004, p. 208) expõe que, do ponto de vista antropológico, podem-se citar cinco características principais das minorias.

Tais grupos seriam segmentos subordinados de sociedades estatais complexas, com traços físicos ou culturais pouco considerados pelo segmento dominante da sociedade. Constituiriam, ainda, unidades auto-conscientes ligadas através das restrições produzidas pelas feições especiais partilhadas entre seus membros. Assim, por escolha ou necessidade, os integrantes dos povos minoritários tenderiam a casar-se dentro do grupo, regido pela regra da descendência, capaz de agregar gerações sucessivas mesmo na ausência de explícitos sinais físicos ou culturais.

Segundo Moreno (2009, p. 152), na sociologia, a palavra “minoria” normalmente carrega um conceito genuinamente quantitativo, alusivo a um subgrupo de indivíduos que representa menos da metade de dada população, estejam eles em posição social privilegiada, neutra ou de exclusão. Por seu turno, a ênfase antropológica é qualitativa, consagrada a subgrupos excluídos que podem, inclusive, constituir uma maioria em termos quantitativos, mas cujos direitos sofrem imotivadas contenções.

O sentido mais amplo de minoria é adotado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (GONÇALVES, 2009, p. 212). Nessa última linha, Rocha reconhece que, “[...] minoria, no Direito democraticamente concebido e praticado, teria que representar o número menor de pessoas, vez que a maioria é a base de cidadãos que compreenda o maior número tomado da totalidade dos membros da sociedade” (2005, p. 285). Porém, ela prefere usar o termo ‘maioria’ para se referir ao grupo que detenha o poder político, econômico e social dentro de uma coletividade.

Embora a superioridade numérica de votos determine a representação democrática nas instituições governamentais, a minoria, em termos de direitos efetivamente havidos e respeitados numa sociedade, nem sempre significaria o menor número de indivíduos. Portanto, as mulheres apesar de constituírem um maior contingente na globalidade dos que compõem a sociedade brasileira (BRASIL, INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2008), seriam uma minoria.

Em exposição semelhante, Sodré (2005, p. 11) frisa que, quantitativamente, a democracia faz predominar a vontade da maioria. Qualitativamente, em contrapartida, ela deve ser um regime de minorias, “[...] porque só no processo democrático a minoria pode se fazer ouvir”. Sua voz, resistente ao consentimento e modulada por um impulso de transformação contra-hegemônica, ganha potencial espaço para intervir em instâncias decisórias do Poder.

A condição minoritária traduziria, no entendimento do autor, uma polarização de turbulências sociais, orientadas para provocar alterações em identidades e relações. Implicaria

numa tomada de posição grupal no interior de uma dinâmica de conflito. Com isso, não se denota uma simples fusão gregária mobilizadora, mas um dispositivo simbólico com uma intencionalidade ético-política.

Dessa feita, um partido político ou um sindicado, mesmo quando em oposição ao regime dominante, jamais seriam minorias, pois ocupam um lugar na ordem jurídico-social instituída. Por outro lado, ser negro, ‘homossexual’ ou antineoliberal no Brasil, por exemplo, indicaria mais facilmente a existência de marcos polarizadores do que a definição de indivíduos simplesmente pela cor da pele, pela preferência sexual ou pela convicção política.

Note-se que as interpretações excessivamente abrangentes do termo ‘minoria’ levam, com freqüência, a menos esclarecimentos que confusões. Na intenção de pacificar a questão, Anjos Filho (2008, p. 355-357) assevera que os grupos humanos ligados por características físicas, sociais, econômicas, culturais, ideológicas, identitárias ou fáticas, que necessitam de especial proteção em termos de direitos humanos costumam ser indistintamente chamados de minorias e grupos vulneráveis.

O autor, no entanto, diz ser preferível designar o quadro geral pela expressão grupos vulneráveis lato senso, porque a palavra ‘minorias’ levaria a um distanciamento abismal dos elementos já aclamados pela ONU como integrantes dessa última noção. A preservação das características identificadas com as ‘minorias’ deveria acontecer através de um uso mais limitado da palavra.

Grupos vulneráveis em sentido amplo, constituiriam um gênero ao qual pertencem indivíduos com deficiência, idosos, mulheres, favelados, crianças, minorias étnicas, religiosas e lingüísticas, índios, quilombolas, ribeirinhos, trabalhadores rurais sem-terra, dentre outros. Tamanha grupo dividir-se-ia em duas espécies: as minorias e os grupos vulneráveis em sentido estrito. Estes últimos seriam todos aqueles não-enquadráveis na noção de minoria. A intenção de uma fórmula negativa seria, justamente, dar à expressão a maior abrangência possível.

Não obstante, de acordo com Maia (2004, p. 206), nem mesmo a ONU alcançou um conceito de minoria universalmente aceito. As primeiras diligências da organização no sentido de conceber uma acepção inequívoca advieram da Subcomissão para Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias, e foram documentadas no relatório de 1951 (p. 43) apresentado à Comissão de Direitos Humanos do Conselho Econômico e Social das ONU.

Inicialmente, sugeriu-se que o termo incluísse, dentro do conjunto populacional, apenas aqueles grupos não-dominantes desejosos de preservar suas estáveis características étnicas, religiosas ou lingüísticas, distintas das cultivadas pelo resto da população circundante.

Ademais, a proposta prescrevia que as definidas minorias teriam a obrigação de ser leais aos Estados de suas nacionalidades e que deveriam incluir um número de indivíduos suficiente para a manutenção de suas próprias tradições e características. Destarte, independentemente de critérios numéricos, apenas existiriam minorias ligadas a aspectos étnicos, religiosos e lingüísticos, cuja composição excluísse estrangeiros e negasse o direito à secessão.

Mais tarde, em 1979, a fim de regulamentar o artigo 27 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Subcomissão encomendou a Francesco Capotorti um estudo preliminar de identificação dos beneficiários da tutela da Declaração sobre os Direitos de Pessoas que pertencem às Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Lingüísticas. O perito italiano basicamente acrescentou ao conceito anterior o elemento numérico, quando estabeleceu minoria como

Um grupo numericamente inferior ao resto da população de um Estado, em uma posição de não-dominância, cujos membros – sendo nacionais do estado – possuam características étnicas, religiosas ou lingüísticas diferentes daqueles do resto da população, e mostram, ao menos implicitamente, um senso de solidariedade, direcionado a preservar sua cultura tradições, religião ou língua. (tradução do pesquisador)<sup>27</sup>

Para serem objeto de proteção internacional, as minorias seguiram precisando ocupar uma posição de não-dominância. O apartheid sul-africano, no qual a minoria branca subjugou os negros, ilustra um caso de desnecessidade de amparo por um grupo numericamente inferior, lembrado por Wucher (2000, p. 46).

Todavia, nem mesmo a combinação entre vulnerabilidade e desvantagem quantitativa seria determinante de uma minoria. Apesar de reunirem tais elementos, trabalhadores migrantes ou portadores de necessidades especiais estariam excluídas por, respectivamente, não deterem a cidadania do país em que vivem nem a solidariedade de preservação cultural.

Wucher (2000, p. 47) narra que, possivelmente por receio de que a preservação da identidade das minorias ameaçasse a unidade e a estabilidade interna dos Estados, a então perspectiva de Capotorti fora reforçada pelo conceito oferecido à Subcomissão pelo canadense Deschênes (1985, p. 30). Reiterou-se que indivíduos que pertencem a minorias precisariam ser nacionais do Estado em que vivem.

---

<sup>27</sup> A group numerically inferior to the rest of the population of a State, in a non-dominant position, whose members – being nationals of the State – possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language. (CAPOTORTI , 1979, p. 96)

Em definição de trabalho, Eide (1993, p. 7) estabeleceu ‘minoria’ enquanto qualquer grupo de indivíduos residente em um Estado soberano. Por meio do Comentário Geral n.º 23 de 1994, o Comitê de Direitos Humanos (UNITED NATIONS, HUMAN RIGHTS COMMITTEE, 1994, p. 39), órgão de monitoramento instituído pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas - PIDCP, declarou que o artigo 27 do documento protege todos os indivíduos pertencentes a grupos minoritários, mesmo que não residam permanentemente no Estado ou sejam cidadãos dele<sup>28</sup>. No entanto, o *working paper* de Chernichenko, datado de 1997 (p. 6), fez retroceder esse entendimento ao assumir que a palavra denotava não cidadãos, mas um *grupo permanente* sobre um território.

Também em 1994, a Subcomissão recomendou à Comissão de Direitos Humanos a criação de um Grupo de Trabalho sobre Minorias – GTM, que foi autorizada e passou a ser endossada pelo Conselho Econômico e Social (UNITED NATIONS, WORKING GROUP ON MINORITIES, 1995, p. 3). Na segunda sessão do GTM, Eide (1996, p. 9-10) chegou a propor uma classificação dos direitos das minorias conforme, entre outros critérios, sua força numérica.

Ao se ignorar o critério numérico, a proposição de Eide torna-se mais aceitável, uma vez que aponta uma ‘escala de direitos’ baseada nas particularidades e problemas de cada minoria. De acordo com ela, minorias ‘estabelecidas’ durante o processo histórico de um país teriam direitos mais fortes que aquelas que assentaram-se depois, sabendo que não se tratava de seu espaço. Não obstante, em posteriores estudos, sustentou-se apropriadamente que seria melhor conceber uma escala do exercício de direitos em vez de uma escala dos próprios direitos (UNITED NATIONS, WORKING GROUP ON MINORITIES, 1997, p. 33).

O quesito da identificação dos membros de uma minoria é atualmente satisfeito por uma combinação de critérios subjetivos e objetivos. Os critérios subjetivos são aferidos a partir da solidariedade entre seus integrantes com vistas à preservação da cultura, tradições, religião ou idioma. Não obstante, Wucher (2000, p. 47) afirma que, por motivos de praticidade, o regime de proteção de minorias estabelecido pela extinta Liga das Nações, priorizava critérios objetivos como a língua, a religião ou a etnia.

Suscitada a auto-declaração como solução mais indicada para a identificação dos integrantes de uma minoria, o Tribunal Permanente de Justiça Internacional afirmava que tal declaração não é unicamente a expressão da vontade individual. Tal manifestação funda-se sobre o fato da possessão das tais características distintivas (WUCHER, 2000, p. 49).

---

<sup>28</sup> Para uma visão geral sobre as decisões do Comitê de Direitos Humanos, conferir a obra de McGoldrick (1994)

Embora, tradicionalmente sejam reconhecidas apenas as minorias nacionais<sup>29</sup>, étnicas, religiosas e lingüísticas, Wucher (2000, p. 50) traz à baila outros tipos delas. Essas ‘minorias históricas’ opõem-se às ‘minorias novas’, cuja constituição exclui qualquer dos critérios habituais.

Quanto ao elemento subjetivo, a autora aponta ainda a distinção entre ‘minorias à força’ (*minorities by force*) e ‘minorias pela vontade’ (*minorities by will*). As primeiras viveriam uma particularização não desejada e aspirariam a um regime de não-discriminação, capaz de promover sua adaptação ao corpo social. Já as ‘minorias pela vontade’ exigiriam, além da não-discriminação, a adoção de ações afirmativas para preservar suas características.

Diante dessa classificação, questionou-se na primeira sessão do GTM, se alguma proteção especial deveria ser destinada a grupos que não reivindicavam o *status* de minoria apesar de serem assim considerados (UNITED NATIONS, WORKING GROUP ON MINORITIES, 1995, p. 18). A existência de uma identidade coletiva serviu de suporte para discussões acerca da titularidade do direito à proteção. Todavia, as soluções para os problemas das minorias costumam ser vistas mais como concessões feitas por Estados preocupados com a manutenção de sua estabilidade interna do que como direitos propriamente ditos (WUCHER, 2000, p. 74).

No plano normativo-conceitual, a dicotomia ‘individual vs. coletivo’ procura abrir espaços para questionar a concepção individualista dos Direitos Humanos. A despeito disso, Wucher (2000, p. 59) sinaliza que a ONU entendia não haver necessidade de proteção específica para grupos, enquanto fosse garantida proteção a todos os indivíduos. A predominância da concepção individualista repousa no pressuposto de que os direitos não são atribuídos a minorias, mas a indivíduos pertencentes a minorias, segundo a formulação do artigo 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

O paradigma liberal aponta o indivíduo como portador final de direitos e valor moral, por ser o agente final da ação. Assim, grupos são vistos como conjuntos de indivíduos sem existência moral ou direitos. Não obstante, é alegada a insuficiência operacional dessa concepção, principalmente no contexto dos direitos coletivos da chamada terceira geração – entre os quais se inclui o direito ao desenvolvimento.

Wucher (2000, p. 108) considera que, a partir de uma perspectiva mais abrangente, a inconsistência entre direitos individuais e coletivos parece desaparecer quando se tomam os

---

<sup>29</sup> As minorias nacionais são divididas em ‘internas’ e ‘externas’. As primeiras são “[...] minorias que vivem no território de determinado Estado, como cidadãos deste; já as segundas são grupos que o Estado considera parte

direitos coletivos como complementares aos direitos individuais, na preservação da dignidade de cada indivíduo. Ademais, os direitos coletivos das minorias não seriam pertencentes somente a elas, mas à sociedade em sua totalidade (WUCHER, 2000, p. 101). Esta última idéia, contudo, reacende os riscos da unitarização das minorias e da própria sociedade.

Com a adoção da Declaração sobre direitos de minorias pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1992, foi mantida a concepção individualista. Todavia, o documento inovou ao conferir, no artigo 1º, o direito de identidade às próprias minorias, pois o único direito coletivo conferido pelo Direito Internacional Público às minorias era o de existir.

De acordo com Maia (2004, p. 211), os precedentes relevantes a esse respeito são os casos ‘Lovelace v. Canada’ e ‘Kitok v. Sweden’. Em ambos, indivíduos pertencentes a minorias afastaram-se delas para viver na cidade e, ao retornarem, foram rechaçados pelo grupo segundo suas próprias regras de convivência. Pleiteada a reintegração pelos egressos, o primeiro caso teve decisão favorável, focalizada sobre o direito individual à cultura, e o segundo, ao revés, foi resolvido, por consideração ao direito coletivo de autodeterminação.

A predominância do conteúdo político da concepção de ‘identidade coletiva’ pode embasar reivindicações de autodeterminação, haja vista muitas minorias se considerarem povos nos termos do PIDCP (WUCHER, 2000, p. 68). No entanto, diferentemente dos direitos à soberania e à integridade territorial, evidentes pilares das relações internacionais entre os Estados, não se reconhece, a princípio, um direito à secessão para as minorias.

Apenas em situações específicas, admite-se que haja um direito à independência territorial. Um direito à secessão só pode ser conceitível como consequência última da negação ao direito à autodeterminação e à participação nas decisões do país, visto que a organização internacional repudia o ‘aldeamento do mundo’ como solução para problemas políticos (cf. WUCHER, 2000, p. 70).

Antes, porém, de se chegar ao mérito de posicionamentos tão extremos, o campo conceitual das minorias segue sem progresso. O GTM, sendo um órgão não-político foi incapaz de alcançar sequer um conceito de trabalho de caráter não vinculativo, para nortear suas discussões. Juridicamente, esse empecilho impossibilita a elaboração de um instrumento vinculativo de abrangência universal, porque não estariam claramente indicados os titulares dos direitos a serem conferidos.

---

de sua nação, mas que vivem em outro Estado, como cidadãos deste outro Estado, onde formam uma minoria nacional.” (WUCHER, 2000, p. 50)

Em consequência, surgiram propostas de que o GTM devesse se concentrar sobre grupos vulneráveis de forma geral. Não obstante, elas foram rejeitadas por seu presidente, que, apesar de concordar com a necessidade de proteção de tais grupos, alegou que isso excederia o mandato do GTM (UNITED NATIONS, WORKING GROUP ON MINORITIES, 1995, p. 9).

Do ponto de vista antropológico, o problema do debate sobre direitos das minorias é conciliar o clamor pela identidade com os riscos de sucumbir a noções essencialistas sobre cultura e etnicidade. Pautar ações afirmativas na existência de grupos vulneráveis parece, pois, muito mais prático do que desenvolvê-las sob o confuso conceito de ‘minoría’.

### **1.3.3 A ação afirmativa e a representação de grupos vulneráveis**

Um dos direitos mais reivindicados pelos grupos vulneráveis em sentido amplo é o de fazer-se representar nos círculos sociais, principalmente naqueles onde se concentram as instâncias de decisão. Em parte, a ânsia por representação nas sociedades contemporâneas advém do valor democrático capaz de conferir relevo à expressão das inquietações dos menos favorecidos.

Podem-se distinguir, pelo menos, dois tipos de representação. O primeiro deles é a representação como mandato, em que um indivíduo fala por outros. O segundo é a representação como exemplaridade, construída sobre uma situação em que alguém é tomado como modelo perante seus pares. As duas modalidades são invocadas, respectivamente, por Young (2006) e Dworkin (2001), para justificar formas bastante incisivas de ação afirmativa.

#### *1.3.3.1 A representação como mandato*

Diante da dispersão dos inúmeros organismos deliberativos cujas decisões afetam as muitas instâncias da vida em sociedade, ninguém pode estar presente em todos eles. A representação torna-se necessária na sociedade moderna precisamente por vincular ações de um mesmo indivíduo a processos que se dão simultaneamente em diversos locais e instituições.

Young (2006, p. 140) aponta que são freqüentes as queixas sobre o caráter excludente das normas de representação. Ativistas dos movimentos feministas, por exemplo, sentem que legislaturas ocupadas predominantemente por homens não representam mulheres devidamente. A professora relata que, em resposta a isso, alguns governos têm determinado certa proporção de mulheres nas candidaturas.

Todavia, as propostas e argumentos acerca da representação de grupos específicos sofrem muitas objeções. A autora (YOUNG, 2006, p. 141) expõe que, segundo uma delas, a idéia da representação especial presume, com a existência de grupos definidos por raça, gênero, religião ou compleição física, a certeza de um conjunto de atributos e interesses comuns aos seus membros, que nem sempre é observado. Cada um desses membros têm histórias de vida que lhes confere distintos interesses e posicionamentos ideológicos.

Nenhum representante único poderia falar por qualquer grupo, pelo fato de os indivíduos que o compõem deterem características muito diversas. Young (2006, p. 142) indica que, de acordo com os discursos contrários à representação, o processo unificador requerido congelaria relações fluidas numa identidade unificada.

A representação é erroneamente assumida como uma relação de substituição ou de identidade do representante com os muitos representados, em que aquele está presente por estes em sua ausência. Contrariamente, a representação deve ser vista na qualidade de um relacionamento diferenciado entre atores políticos engajados em um processo que se estende no espaço e no tempo.

Não obstante, democratas radicais costumam desconfiar das instituições de representação política e, muitas vezes, retratam-nas como algo que viola os próprios valores democráticos (YOUNG, 2006, p. 144). A suposta incompatibilidade da democracia com a representação se apóia em uma lógica identitária, que toma a deliberação democrática ideal como aquela em que os cidadãos estão co-presentes. (YOUNG, 2006, p.146).

Indubitavelmente, uma democracia forte deve conter institutos de democracia direta, à semelhança do plebiscito, pois é obviamente impossível que alguém se apresente no lugar de muitos outros indivíduos para falar e agir como eles o fariam. O rechaço à representação específica de grupos excluídos, na verdade, pode ser estendido a toda representação. A adoção da representação política implica, pois, conceituá-la através de uma lógica alheia à identitária. Reconhecida a diferença entre o representante e os representados (YOUNG, 2006, p. 148), a função de ‘falar por’ não deve se confundir com o requisito identitário de que o representante ‘fale como’ os eleitores.

A função de um legítimo representante consiste precisamente em fazer avaliações independentes, sabendo e antecipando o que os eleitores desejam. É errado opor a figura do representante-delegado, que conduz o mandato de um eleitorado que ele defende, àquela do representante-fiduciário, que faz avaliações independentes sobre circunstâncias políticas. A representação consiste numa autorização direcionada a momentos de prestação de contas (YOUNG, 2006, p. 150). Infelizmente, o momento da prestação de contas é concretizado, muitas vezes, apenas em decorrência dos processos de reeleição.

A despeito de suas limitações, nas sociedades modernas, a representação é necessária e desejável. No entanto, os sistemas políticos representativos podem apenas contemplar determinados caracteres das experiências, crenças ou atividades mediante as quais afinidades são geradas. Eles não têm o poder de fazer com que tudo sobre um indivíduo tenha voz política sob a figura de um único representante.

Há, pelo menos, três aspectos gerais pelos quais alguém pode se sentir representado: interesses, opiniões e perspectivas. Todos eles são logicamente independentes, no sentido de que, não se pode estabelecer um conjunto de interesses ou de opiniões a partir da mera perspectiva social geral (YOUNG, 2006, p. 169). As perspectivas, em particular, são capazes de prover a representação de grupos oprimidos, já que evitam o problema de atribuir certos interesses e opiniões a todos os seus membros.

As posições sociais sintonizam os indivíduos com fatores ignorados ou menos percebidos por outros que não as ocupam. Diferente do interesse e da opinião, uma perspectiva não apresenta um conteúdo fixo. Sob a óptica de Young, críticas ao essencialismo apontam corretamente que integrantes do mesmo grupo social têm diferentes interesses e opiniões. “A perspectiva social consiste num conjunto de questões e experiências e pressupostos mediante os quais mais propriamente se iniciam raciocínios do que se extraem conclusões” (YOUNG, 2006, p. 163).

A autora não olvida que cada indivíduo tem sua própria história irredutível, o que lhe confere uma perspectiva ou uma percepção social única. Múltiplos posicionamentos de indivíduos postos em sociedades complexamente estruturadas fazem-nos interpretar os acontecimentos a partir de plurais perspectivas sociais de grupos. Algumas destas se interpenetram e originam uma perspectiva híbrida – por exemplo, uma perspectiva não só de mulheres, não só de negros, mas de mulheres negras. No entanto, Young (2006, p. 165) adverte que devemos evitar a visão individualista que concluiria pela inutilidade ou equívoco de todo e qualquer discurso sobre situação social definida por grupos.

Por outro lado, é muito provável que indivíduos similarmente posicionados nas estruturas sociais descubram que há muitos interesses não compartilhados por eles. A representação de interesses e opiniões visa à obtenção de resultados nos processos decisórios, ao passo que representar uma perspectiva significa promover pontos iniciais para discussões. Ao contrário de interesses e opiniões, perspectivas sociais não se põem em conflito. Nenhuma perspectiva social é, em si, ilegítima. A contemplação de suas diferenças costuma oferecer compreensões sociais mais plenas (YOUNG, 2006, p. 167-169).

Para ilustrar tal ponto de vista, Young (2006, p.168) relata que, em 1992, o senador estadunidense Robert Packwood foi acusado de assédio sexual por várias de suas assessoras. Ao descortinar das acusações, muitos senadores relutaram em realizar audiências com as partes envolvidas. Diante disso, senadoras e deputadas, solidarizadas com as *mujeres* acusadoras, convocaram a imprensa para exigir do Senado a apuração do ocorrido. Ao fazerem isso, elas não cultivavam os mesmos valores políticos nem concordavam necessariamente acerca da culpabilidade de Packwood.

O exemplo dado não visa fundamentar a criticada concepção da ‘representação como espelho’, segundo a qual um organismo representativo deve ser composto por membros que repitam a mesma proporção dos grupos sociais mais óbvios encontrados na sociedade. Se o aspecto mais importante de uma representação fosse a detenção de atributos específicos, amostragens aleatórias seriam, na lição de Young (2006, p. 171), meios mais efetivos que a eleição na escolha de representantes.

Mesmo que se advogue que a representação específica de mulheres ou afro-americanos não se fundamenta em características físicas, mas no imediatismo de experiências compartilhadas, é importante salientar que o dever de representar as diferenciadas perspectivas dos grupos sociais não especifica quem faz a representação. É possível, embora incomum, que alguém, mesmo sem deter certos *atributos descritivos*, represente uma perspectiva (YOUNG, 2006, p. 179). Para tanto, é preciso estar situado em relações que favoreçam experiências similares às daqueles que possuem os ditos atributos.

A professora Young (2006, p. 179-180) exemplifica que um homem asiático-americano que tenha crescido meio a uma vizinhança predominantemente afro-americana, com muitos amigos afro-americanos e que trabalhe em um serviço comunitário localizado em um bairro com muitos afro-americanos pode estar apto a representar a perspectiva afro-americana em várias discussões. Decerto, muitos outros asiático-americanos não estariam.

Nenhuma perspectiva social é tão unificada a ponto de que todos os indivíduos similarmente posicionados sejam condicionados às mesmas idéias e comportamentos. Um

esquema de representação de grupos teria maior alcance ao ser pluralizado. A perspectiva das mulheres em órgãos legislativos, por exemplo, seria mais efetiva por meio de um pequeno grupo de mulheres do que por uma só mulher. Assim, poder-se-iam considerar algumas das diferenças de perspectiva que perpassam a categoria.

Uma das formas de promover a representação de grupos é a reserva de um certo número de cadeiras para determinados grupos. Contudo, tal reserva tende a “[...] congelar tanto as identidades desses grupos quanto as suas relações com os outros grupos da sociedade, de modo que seria desejável um procedimento mais fluido, adaptado à dinâmica social” (YOUNG, 2006, p. 182).

Não obstante, verifica-se que a citada estudiosa (YOUNG, 2006, p. 183) defende, de maneira muito frágil, que cotas direcionadas para grupos formados por mulheres e afrodescendentes constituem medidas *desejáveis e aceitáveis* na composição de órgãos deliberativos, desde que sejam limitadas no tempo. É extremamente difícil discernir por que essas perspectivas – ou quaisquer outras – devam ser priorizadas em face daquelas que possam ter ainda menos força nos processos decisórios, como, no caso, a de travestis ou a de polígamos/poliandras.

Se a questão for justificada pelo viés numérico, os grupos vulneráveis menores seriam, irrazoavelmente, menos amparados que os maiores. As falhas do sistema representativo não estariam sanadas e os perigos de uma ‘ditadura da maioria’ não seriam neutralizados. Ao contrário, tudo restaria reproduzido em menor escala, no confronto entre minorias maiores e minorias maiores. Sem embargo, o aquecimento do debate acerca da necessidade de ações afirmativas que possibilitem a expressão dos excluídos é bem empreendido pela autora.

Apesar da impossibilidade de desprezar a importância da representação de todas as diferentes perspectivas, é inviável garantir-lhes espaço pelo método proposto por Young, pois as limitações temporais dos mandatos eletivos de integrantes de alguns grupos vulneráveis não assegurariam que indivíduos inseridos em outras situações extremamente inconvencionais viessem a se sentir, um dia, de alguma forma, representados.

Quanto mais singular uma posição de exclusão, mais isolado estará o indivíduo que a ocupa e mais difícil será sua articulação política no sentido de incluir-se na sociedade. Homens que sofrem violência doméstica das esposas, por não encontrarem outros que entendam sua perspectivas, podem encontrar dificuldades maiores para lutarem por seus direitos do que as inúmeras mulheres que sofrem violência doméstica do marido.

Haja vista o ponto mais relevante na representação por perspectiva ser o levantamento de questionamentos e discussões, os argumentos apresentados apontam, de forma mais segura, para a solução do problema da sub-representação desses grupos através da facilitação dos meios populares para a iniciativa de leis e proposição de políticas públicas. Tomadas providências nesse sentido, os cidadãos estariam livres para se articularem na introdução de debates originados de perspectivas grupais ou até mesmo individuais.

### *1.3.3.2 A representação como exemplaridade*

Ao passo que, em um mandato político, os representados têm a oportunidade de escolher o indivíduo que falará por eles, na representação como exemplaridade, a escolha não lhes cabe. O indivíduo-modelo é tomado arbitrariamente por terceiro e pode ou não constituir a referência psicológica desejada sobre aqueles que se deveriam ver espelhados.

A intenção de ações afirmativas fundamentadas nessa projeção identitária é, segundo Gomes (2003, p. 30), “[...] induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a idéia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação a outra, do homem em relação à mulher [...]” ou de qualquer grupo em relação a outro. Elas visariam diversificar a execução de papéis sociais, para torná-los acessíveis a indivíduos que detêm certas características dificilmente possuídas por aqueles que os desempenham.

Várias categorias humanas têm permanecido imobilizadas em suas posições sociais devido à realização de pré-julgamentos que culminam na construção de estereótipos. Michel (1989, p. 17) ao citar trabalho não publicado de Shestakov, apresenta estereótipo como “[...] uma tendência à padronização com a eliminação das qualidades individuais e das diferenças com a ausência total do espírito crítico nas opiniões sustentadas”. Tal uniformização pode ser fruto da repetição amostral de certas características em um grupo (estereótipo estatístico) ou pode simplesmente expressar uma falsa crença a respeito de certa categoria cujo traço distintivo é associado a outras características desconexas, positivas ou negativas (RIOS, 2008, p. 94).

Segundo Dworkin (2001, p. 438-439), a sociedade é tão consciente das características que balizam as formulações pejorativas de categorias, que termina por retirar de seus

integrantes a liberdade de escolherem por si mesmos em que papéis – ou como membros de quais grupos sociais – outros irão caracterizá-los. Segundo o autor, nenhum atributo de personalidade influencia tanto o modo como eles são sistematicamente tratados.

Assim, nos círculos sociais ‘de maior prestígio’, seria necessário aumentar a presença estatística de exemplares desses grupos, até que os demais pudessem pensar em si mesmos como capazes de ter sucesso por meio do talento e iniciativa próprios, sem o constante sentimento de frustração, injustiça e constrangimento. Para isso, as marcantes características distintivas teriam de ser estabelecidas temporariamente como critério para conferir benefícios sociais – a exemplo da facilitação de processos seletivos para o ingresso em universidades. A medida visaria, a longo prazo, fazer com que a sociedade ignorasse o forte sentimento de repúdio sobre essas simples qualidades e permanecesse apática a elas.

O autor ressalta que a intenção de ações afirmativas montadas sobre tal estratégia é fazer com que a sociedade, com um todo, deixe de lidar com os integrantes das categorias excluídas como pertencentes a seus respectivos grupos, e passe a observá-los enquanto indivíduos (DWORKIN, 2001, p. 440). Indicar ‘modelos’ entre os possuidores de uma mesma característica não teria, assim, uma finalidade de estratificação social inclinada a evitar que se busquem exemplos de conduta em indivíduos estranhos a dada categoria. Tal plano de ação apenas consideraria que, diante da força opressiva conferida a alguns traços, o ‘sucesso dos projetos de vida’ daquele que não os detém pouco significa para quem se vê marcado por eles.

Sem detalhar as motivações de suas declarações, Dworkin simplesmente afirma que a mentalidade social não poderá ser modificada por ações afirmativas que utilizem critérios neutros em relação a essas características. Em defesa de seus argumentos, adjetiva como “descuidada” a máxima de que ‘o fim não justifica os meios’, já tão fundamentada por Rawls (DWORKIN 2001, p. 440). Enfatiza, outrossim, que a principal finalidade imediata das ações afirmativas é promover a diversidade e salienta que posturas direcionadas colateralmente ao mesmo objetivo são hipócritas e estão fadadas ao fracasso (DWORKIN, 2001, p. 441).

Rejeitando o pensamento de que organismos e instituições devem refletir a composição geral da sociedade em que se inserem, Dworkin combate o mal-entendido popular acerca das ações afirmativas, de acordo com o qual cada grupo teria o constante direito a uma cota proporcional de representação. Em suas palavras, tais “[...] programas não se baseiam na idéia de que os que recebem auxílio têm direito a auxílio, mas apenas na hipóteses [sic] estratégica de que ajudá-los agora é uma maneira eficaz de atacar um problema nacional” (DWORKIN, 2001, p. 443).

Entretanto, ele adverte que o relevo dado às rechaçadas características pode vir a acentuar ainda mais a discriminação ilegítima. Reconhece que, para uma pequena parcela dos detentores desses traços, cuja ocupação de posições de destaque prescindiu das ações afirmativas, é legítimo sentir-se degradada com os desvios meritocráticos promovidos a seu favor. Mesmo assim, Dworkin aceita os riscos, ao apostar que os ganhos obtidos pela escolha de beneficiar alguns representantes entre os excluídos superarão os prejuízos, haja vista o *status quo* do preconceito ser tão mau que dificilmente pode ser piorado (DWORKIN, 2001, p. 442-443).

As preocupações de Dworkin são legítimas. De fato, os estereótipos exercem grande influência no desenvolvimento humano daqueles que são alvos de sua mácula. Contudo, os processos mentais que os concebem são, a princípio, os mesmos que permitem aos seres racionais interagir com o mundo a sua volta.

Em um dos primeiros estudos a respeito do preconceito, Allport (2000, p.23) discorre sobre a naturalidade do prejulgamento. De acordo com o autor, a breve existência humana demanda tantos ajustes práticos, que não se pode deixar que a ignorância seja um freio às ações. Condicionada à construção de categorias, a atribuição de boas ou más qualidades aos objetos deve prescindir de que cada um deles tenha de ser examinado independentemente. Embora grosseiros, os rótulos prontos têm de bastar.

No entanto, os erros ordinários de prejulgamento, ainda segundo Allport, distinguem-se do preconceito. Quando alguém é capaz de retificar julgamentos errôneos à luz de novas evidências, não é preconceituoso. Prejulgamentos tornam-se preconceitos somente se não forem reversíveis diante da exposição a um novo conhecimento. Ao contrário de um simples equívoco, lastreado muitas vezes em estereótipos, um preconceito, seja positivo ou negativo, resiste com emotividade a toda evidência destinada a desestabilizá-lo.

Enquanto abordagens sociológicas<sup>30</sup> tentam encontrar nas relações intergrupais os motivos do preconceito negativo, as abordagens psicológicas buscam encontrar suas raízes na dinâmica individual interna. Elas são divididas em dois grandes segmentos: o das teorias do bode expiatório e o das teorias projecionistas (RIOS, 2008, p. 16). O primeiro relaciona o preconceito à tentativa individual de encontrar culpados para as situações que lhes causam mal-estar, elegendo, para tanto, alguns grupos e indivíduos. O segundo encontra, como

---

<sup>30</sup> Segundo Rios (2008, p. 17), entre as abordagens sociais, destacam-se a obra de Goffman (que identifica, no estigma, um atributo negativo desencadeador do processo social de deterioração identitária) e a perspectiva marxista tradicional (que encontra no preconceito uma manifestação das reais condições que mantêm, refletem, criam e recriam a alienação humana a partir da dinâmica da sociedade capitalista).

motivação para o tratamento desfavorável, a tentativa de solucionar conflitos internos a partir da agressividade projetada sobre quem ostenta a característica responsável pela autorrejeição.

Os estereótipos, ao contrário dos preconceitos, são racionalmente contornáveis. Além das crenças abstratas a respeito de grupos<sup>31</sup>, eles podem estar baseados na influência exercida pelas lembranças despertadas quando alguém encontra um indivíduo que se assemelha, de alguma forma, a outro<sup>32</sup> com quem manteve contato anterior (cf. STANGOR; SCHALLER, 2000, p. 67).

Mesmo sendo remediáveis, os estereótipos materializam problemas sociais quando vários indivíduos, na repetição de discriminatórios comportamentos automatizados, privam-se de contato com outros, por atribuirem-lhes alguma característica negativa, deixando de criar sobre estes um juízo real. Tal comportamento é compatível com a idéia de *habitus*, tratada por Bourdieu como:

[...] um sistema de disposições duráveis e transponíveis que, integrando todas as experiências passadas, funciona a cada momento como uma matriz de percepções, de apreciações e de ações – e torna possível a realização de tarefas infinitamente diferenciadas, graças às transferências analógicas de esquemas que permitem resolver os problemas da mesma forma, e às correções incessantes dos resultados obtidos, dialeticamente produzidas por esses resultados. (BOURDIEU, 1983, p. 65)

Destarte, um afro-americano pode sentir-se desgostoso ao saber que alguns indivíduos em sua comunidade acreditam que todo negro é preguiçoso e ignorante (STANGOR; SCHALLER, 2000, p. 64). Porém, a crença impõe flagelos mais severos que o mero desgosto quando apresenta larga difusão, a ponto de, por exemplo, ser utilizada para justificar reiteradas negativas de trabalho aos homens de pele escura.

A representação como exemplaridade tornar-se-ia, então, necessária para fazer com que os indivíduos cujo comportamento perpetua a massificação de estereótipos sejam mais receptivos às características rejeitadas. Contatos forçados promoveriam uma abertura à formação de um juízo particularizado sobre cada integrante da categoria estigmatizada.

Entretanto, as formas de se promoverem tais contatos forçados são bastante controversas. É inegável que os efeitos danosos provocados pela crença em estereótipos devam ser combatidos pelo Poder Público. Porém, o uso arbitrário da característica dominante de um estereótipo como critério de implementação de aproximações põe-na mais em evidência que em esquecimento.

---

<sup>31</sup> Tais crenças são chamadas pela doutrina de *protótipos*.

<sup>32</sup> Ao indivíduo que serve de referência para a construção de um juízo de valor sobre outro chama-se *exemplar*.

Diante da impossibilidade de se garantir a representação de todos os traços sobre os quais se estabelecem incontáveis impressões pejorativas compartilhadas na sociedade, é inconcebível determinar que certa característica mereça o benefício da exemplaridade em detrimento de outra igualmente desprezada. Inexistem motivos para implementar a representação de mulheres, por exemplo, e não a de transexuais. Enquanto manifestação de ignorância, a nocividade dos estereótipos é muito mais razoavelmente medida pela quantidade de indivíduos a pautarem suas ações neles que pelo número dos que sofrem a exclusão deflagrada (cf. STANGOR; SCHALLER, 2000, p. 67).

Haja vista os protestos por representação serem, em verdade, manifestações contra a massificação de estereótipos, não se há de falar especificamente no combate a alguns, mas no combate à ampla difusão de quaisquer deles. Ao se assumir que algum dos pejorativos modelos abstratos merece, em particular, impugnação mais incisiva que outro, constrói-se um desnível artificial na fruição de direitos individuais de pessoas humanas igualmente prejudicadas pela propagação de estereótipos distintos.

Dworkin, entretanto, não considera que o benefício da exemplaridade constitua direito de algum indivíduo em particular, senão uma forma eficaz de se atacarem problemas coletivos provocados pela abrangência de estereótipos, sendo, portanto, um direito atribuível ao organismo social. O ponto de vista do autor ignora claramente o fato de que a estratégia de promover a representação de determinada característica não apresenta, como ele mesmo reconhece, uma garantia de mudança nos quadros impostos pelo preconceito.

Quanto a isso, Kaufmann (2007, p. 232-233) constata, por exemplo, que, no Brasil, muitos negros, após ascenderem socialmente, deixam de se identificar como tais. Também é comum que beneficiados por políticas afirmativas brasileiras vivenciem o processo de ‘embranquecimento’, no qual são cooptados pela ‘classe branca’ e terminam por se esquivarem de assumir a liderança do movimento negro. Segundo a estudiosa, a existência do autopreconceito remanescente em muitos deles retira dessas políticas a função pedagógica de passar a imagem para os demais de que os negros também conseguem posições de prestígio.

Em complemento, Cruz (2005, p. 136) indica que ações afirmativas focadas em estereótipos podem originar novos preconceitos. Assim, alguém que, por exemplo, ingressa uma instituição de Ensino Superior através de ações afirmativas pode ser visto de maneira distinta por professores e alunos que foram aprovados pelos critérios regulares. Ao se graduar, o beneficiado pela medida inclusiva – cuja formação não haveria sido conquistada sem assistência – pode ser julgado inapto por algumas empresas durante o processo de seleção de empregados.

A despeito do exposto, Dworkin admite, incoerentemente, que o objetivo de promover a inclusão de uma parcela da sociedade, mesmo com cumprimento incerto, justifique o ataque incisivo à dignidade de determinados indivíduos ‘bem-sucedidos’ que se sentem degradados ao verem, contra a sua realidade, as próprias características tomadas como obstáculos determinantes da impossibilidade absoluta de lograrem uma ascensão social desassistida. Tão extrema postura adota claramente a reprovável prevalência do bem-estar da sociedade em detrimento dos interesses individuais.

Dworkin é, ao lado de Rawls, um dos grandes defensores dos direitos individuais contra o utilitarismo (DWORKIN, 2002, p. 358). Ele já afirmou, inclusive, que os princípios em sentido estrito, relacionados aos direitos fundamentais, não podem ser contrapostos a diretrizes políticas, referentes a objetivos da coletividade, por serem sempre superiores a estas. Os direitos só poderiam ser afastados em razão de outros direitos. Curiosamente, porém, o autor abre espaço para uma lógica coletivista, ao considerar que algumas categorias sociais, como os grupos étnicos, são, apesar de sua heterogeneidade, equiparáveis a pessoas jurídicas e indivíduos, sendo, pois, merecedoras de direitos coletivos (DWORKIN, 2002, p. 143).

Cabe relembrar que os direitos coletivos *strictu sensu* devem se estabelecer sobre relações pré-existentes às lesões que os determinam. Assim, considerar, por exemplo, que uma raça, um gênero ou uma característica física pode ter o condão de criar uma relação dessa qualidade é o mesmo que admitir que o simples fato de ser humano também cria uma relação entre indivíduos. Na verdade, existe, *a priori*, no sentido defendido por Fitcher (1974, p. 83), somente uma categoria social, cuja existência prescinde de interação entre seus membros.

Mesmo considerada um direito coletivo *latu sensu*, a representação como exemplaridade deve respeitar o valor de cada indivíduo, sem estimular a propagação de estereótipos. Isso somente é possível quando se a concebe como um efeito colateral das ações afirmativas. Estas últimas consistem em um instituto voltado para realização da igualdade material e, por conseguinte, para a igualdade de oportunidades; mas não podem ser diretamente destinadas à mera diversificação amostral de qualidades nos círculos sociais.

A irrepetibilidade do conjunto das características de um indivíduo sobre os demais torna deveras difícil a escolha de um traço que seja mais relevante para a promoção da já natural pluralidade. É impossível estabelecer padrões estanques diante da fluidez das relações. A sincera apatia a uma característica é alcançada pela aceitação de sua eventualidade e não pela obrigatoriedade de sua presença nas relações humanas.

A fim de possibilitar a desejada eventualidade, é necessário que as posições de prestígio social sejam acessíveis a todos. Essa acessibilidade é, sim, objeto das ações afirmativas. Contudo, conforme será oportunamente discutido, ela pode ser desenvolvida por meios diversos daqueles que Dworkin apresenta como os únicos eficientes.

#### **1.3.4 A ação afirmativa como compensação por dívidas históricas**

Decerto, as ações direcionadas à promoção da igualdade material não podem estar dissociadas da consideração das causas históricas dos desequilíbrios socioculturais a serem vencidos. Todas as conjunturas hodiernas advêm da superposição temporal de diversos fatores, cuja compreensão é essencial para encontrar os meios mais adequados de melhorá-las.

Contudo, o olhar excessivamente detido sobre o passado pode ensejar distorções acerca de sua importância na atual promoção da eqüidade. A forte indefinição entre passado e presente, aliada à mescla de referências coletivas e individuais, é bastante presente na teoria da justiça compensatória invocada como fundamento de validade para as ações afirmativas.

A mencionada teoria, acolhida por Coleman (1983), busca a retificação das faltas cometidas por particulares ou governos contra alguns indivíduos e grupos em um passado longíquo. Sua idéia basilar é o dever de reparar o dano que surge para o lesante a favor da vítima, de forma a retorná-la à situação em que se encontraria se não houvesse sofrido a lesão.

De acordo com Cruz (2005, p. 137-138), as ações afirmativas alcançariam então indenizações pagas aos atuais descendentes de inúmeras gerações de vítimas do segregacionismo e da discriminação ilegítima, que padeceram sob todas as formas de violação a seus direitos. Desse modo, o preconceito é entendido como uma herança cultural capaz de materializar as ações afirmativas como uma compensação por sucessivos prejuízos coletivos.

Tal conceito encontra sérios obstáculos para a absorção pela literatura sobre ações afirmativas. O mais claro deles é a impossibilidade de se determinarem quais são os indivíduos detentores do dever ou do direito de reparação e em que intensidade eles os possuem. Diferentemente das circunstâncias em que a conduta ofensiva é imediatamente compensada, o afastamento cronológico entre os fatos e sua compensação promoveria o surgimento de uma dívida histórica a ser paga pelos remotos descendentes dos violadores aos dos violados, que, muitas vezes, constituem figuras entrecruzadas sobre um mesmo indivíduo.

Alicerçada nas idéias de Aristóteles, a teoria da justiça compensatória encontra o mais antigo registro no Livro V da *Ética a Nicômaco*. Na citada obra, o filósofo aborda

especificamente o tema da justiça, dividindo-o em dois grandes segmentos, entre os quais estabelece uma clara relação de pertinência. Trata-se da justiça universal (ou geral) e da justiça particular.

A primeira significa a plena realização das virtudes, a ser aplicada na organização da comunidade, especialmente na atividade legislativa (ARISTÓTELES, 2009, p. 105). Por sua vez, a justiça particular está inserida no conceito de justiça universal como espécie do gênero definido pela última (ARISTÓTELES, 2009, p. 107). Esse tipo mais restrito de justiça seria regido pelo princípio da igualdade e se identificaria com o sentido jurídico da palavra, enquanto delimitador do estudo epistemológico do Direito (CUNHA, 2003, p. 13-14). A justiça particular é ainda dividida em duas subespécies: a justiça distributiva e a corretiva.

Por justiça distributiva, entende-se a repartição dos bens, honras e encargos da sociedade, de forma que cada cidadão perceba um quinhão adequado a seus méritos. Não se considera que os bens devam ser distribuídos de forma aritmética e absoluta, mas de maneira geométrica, proporcional às diferenças. Indivíduos categorizados de forma diferente mereceriam partes diferentes. No entanto, a questão do mérito é motivo de conflitos porque seu sentido provoca profundas controvérsias. Enquanto, por exemplo, para os democratas, o merecimento repousa no fato de ser livre, para os oligarcas, ele estaria relacionado à riqueza ou à posição de nascimento (ARISTÓTELES, 2009, p. 109).

O conceito de justiça corretiva relaciona-se com a aferição dos benefícios e danos a serem suportados na relação entre particulares. Em face das ações dos indivíduos, aplica-se-lhes a igualdade aritmética. “É irrelevante se é uma boa pessoa que defrauda uma má ou se é uma má pessoa que defrauda uma boa. [...] A lei olha apenas para a especificidade do dano, e trata toda a gente por igual” (ARISTÓTELES, 2009, p. 110).

Note-se que a justiça corretiva é bipartida, conforme diga respeito a transações voluntárias ou involuntárias (ARISTÓTELES, 2009, p. 108). As voluntárias são presididas pelo mútuo consentimento sobre seus objetos – como a compra, a venda e a penhora. Já entre as involuntárias, há algumas praticadas às escondidas – como o furto – e outras praticadas pela violência – como o roubo.

Ao passo que, nas transações voluntárias, tem-se a oportunidade de prevenção contra o dano e contra o conseqüente conflito, nas transações involuntárias, o dano é deflagrado com o fato que as origina. Destarte, é necessário buscar a mediação do juiz, para estabelecer uma igualdade entre o estado anterior e posterior ao da transação (ARISTÓTELES, 2009, p. 112). Obviamente, tal espécie de justiça encontra razão de ser na *compensação* ou *retificação* da injustiça.

Embora a idéia de *justiça compensatória* originariamente não compreenda a necessária existência de dívidas históricas estabelecidas entre grupos, a expressão, decorrente da lógica aristotélica, findou por conotar a assunção dos aludidos débitos nos debates sobre ações afirmativas. A menção à compensação costuma, entretanto, ser conturbada pela confusão com outra teoria, igualmente derivada da obra do grande filósofo: a teoria da justiça distributiva<sup>33</sup>.

Kaufmann (2007, p. 221-222) aduz que, apesar de ambas buscarem justificar as ações afirmativas, são, de fato, teorias distintas, pois, enquanto a teoria compensatória pleiteia a realização da eqüidade pelo resgate do passado, a distributiva tenta alcançá-la no contexto presente. Nenhuma das duas exclui necessariamente a outra. Ambas costumam ser usadas simultaneamente para justificar ações afirmativas (cf. SANTOS, S. 2003, p. 99). Não raro, a mistura das linhas argumentativas gera certa obscuridade quanto a elas. A expressão “discriminação passada” é, por vezes, indistintamente utilizada para se referir a ações de um pretérito remoto – como a escravidão – e aos seus efeitos que permanecem no presente .

Quando a intenção de um ato é a reparação de fatos ocorridos no passado, a ele se aplica a teoria compensatória<sup>34</sup>. Se o objetivo for remediar os efeitos maléficos da discriminação atual, admite-se a teoria (re)distributiva. A última engloba os fundamentos históricos da teoria compensatória, desde que se destinem a sanar situações presentes.

A responsabilização contemporânea dos descendentes de indivíduos que realizaram alguma discriminação ilegítima em um passado remoto é inviabilizada por vários obstáculos. Um deles é a impossibilidade prática de se identificarem os legítimos beneficiários de um programa compensatório nos casos em que os descendentes dos discriminados não sofreram discriminação. Ademais, responsabilizar indivíduos por práticas determinadas apenas por seus antepassados – e não por eles mesmos – significa determinar novos conflitos grupais.

É irrazoável propor-se a corrigir a situação daqueles que não sofreram diretamente os danos invocados pela teoria compensatória, sem avaliar exatamente em que medida foram afetados. Indivíduos situados no tempo presente não podem ser forçados a reparar atos com os quais não concordam e que seguramente não realizaram, uma vez que não eram vivos à época de seu acontecimento.

---

<sup>33</sup> Brito Filho (2011, p.253) afirma que o moderno entendimento de justiça distributiva, segundo o qual o Estado é obrigado a proporcionar a seus cidadãos um mínimo de bem estar material deve ser creditada inicialmente ao pensamento de Adam Smith, Rousseau, Kant e Babeuf. Apesar de sua concepção ser normalmente atribuída a Aristóteles, o estagirita não haveria formulado a distribuição dos bens materiais em caráter obrigatório, como os referidos autores. Tal conceito haveria sido melhor trabalhado posteriormente por Rawls e Dworkin.

<sup>34</sup> Embora os termos ‘compensação’ e ‘reparação’ estejam utilizados como equivalentes, por vezes, este é veiculado para discutir especificamente a legitimidade de reparações diretas, envolvendo benefícios monetários para membros de grupos vítimas de discriminação (RIOS, 2008, p. 179).

A teoria da justiça compensatória encontra-se em manifesto declínio, não apenas no âmbito doutrinário, mas também nas decisões das cortes estadunidenses (Kaufmann, 2007, p. 223). As políticas indenizatórias por meio de argumentos compensatórios tem sido consideradas ilegítimas, pois constitui mandamento basilar das legislações sobre indenização por responsabilidade civil oriunda de ato ilícito o princípio de que apenas o agente que efetivamente os praticou pode ser acionado judicialmente. De igual modo, somente aqueles que foram diretamente lesionados poderiam pleitear a reparação (FISCUS, 1992, p. 9-10).

Certamente, os herdeiros de um patrimônio devem saldar as dívidas relacionadas a ele até o limite do quinhão que perceberam<sup>35</sup>. No entanto, as alterações nas posições sociais e nas condutas das muitas e sucessivas gerações de exploradores e explorados, não permitem a clara visualização desses limites.

Fiscus (1992, p. 9) reconhece uma forte oposição às responsabilidades e direitos grupais, que punem ou recompensam indivíduos pelo simples fato de pertencerem a grupos. O autor leciona que é extremamente infeliz o fato de as ações afirmativas haverem sido tão enfaticamente fundamentadas em temos de justiça compensatória. Essa teoria foi atacada pelos críticos, com o fim de desacreditar a totalidade das ações afirmativas.

As dificuldades de implementação de políticas pautadas no argumento compensatório são especialmente aumentadas pela falha suposição de que todos os indivíduos detentores de uma certa característica expressa exemplificativamente por gênero, credo ou etnia viveram o tipo de exclusão que se deseja combater. Nesse ponto, ignoram-se as questões levantadas pelas pontuais circunstâncias nas quais um indivíduo não é oprimido, apesar de pertencer a um cenário opressor para a maior parte daqueles que detêm um de seus traços. Desprezam-se, outrossim, fatos como a miscigenação entre opressores e oprimidos e a imigração a partir de Estados onde não ocorreu a indesejada discriminação (KAUFMANN, 2007, p. 224).

No Brasil, a teoria da justiça compensatória manifestou-se no artigo 14 do Projeto de Lei nº. 3.198/2000, de autoria do então Deputado Paulo Paim, que prevê uma reparação a ser paga a cada um dos descendentes de escravos no valor de cento e dois mil reais. Além de omissos quanto à produção da prova sobre a ascendência escrava, o projeto não estabelece a forma de obtenção da receita para a compensação. Uma vez que, no ano de 2000, os afro-brasileiros constituíam 44% da população nacional – aproximadamente 75 milhões de

---

<sup>35</sup> Nacionalmente, o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.997, dispõe que: “A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube.”

indivíduos - e o Produto Interno Bruto do Brasil estava na ordem de um trilhão de reais, seria necessário reunir a riqueza de cerca de sete países desse porte, para saldar a dívida. (KAUFMANN, 2007, p. 222).

Cruz (2005, p. 138-139) acrescenta que, em conferência da ONU realizada na África, foi aprovada a tese segundo a qual países que historicamente 'lucraram' com a escravidão deviam indenizações compensatórias às vítimas, da mesma forma que procedeu a Alemanha em relação ao holocausto. Em seguida, o autor rechaça que a Alemanha seja paradigma do problema da discriminação.

Com o julgamento de 1946 em Nuremberg, identificaram-se os principais dirigentes estatais e os sobreviventes dos conflitos bélicos. O laime entre dano e responsabilidade foi mantido pela proximidade cronológica entre fato e pleito. No momento pós-guerra, mediu-se, de forma razoável, até mesmo o benefícios que empresas, enquanto pessoas jurídicas, obtiveram com o uso da mão-de-obra escrava.

O decurso temporal entre o fim da escravidão dos negros e o pleito indenizatório torna o último obviamente inconcessível. Caso fosse legítima tal compensação, os homens também seriam devedores das mulheres por mais de cinco mil anos de exploração. Na mesma senda, a Itália haveria de arcar com teratológicas reparações milionárias em relação aos povos mediterrâneos. Os europeus seriam obrigados com os índios do continente americano, e estes, entre si, pelo uso do trabalho escravo em civilizações pré-colombianas como a Inca e a Asteca (CRUZ, 2005, p. 140).

Adotada a teoria de que a compensação pode evoluir no tempo e no espaço, admitir-se-ia a constituição de uma eterna herança maldita para as sociedades. Os desdobramentos argumentativos levariam a conclusões absurdas, inclinadas à procedência de indiscriminados pedidos de reparação feitos até mesmo por Estados oprimidos/colonizados aos seus respectivos opressores/colonizadores. A renovação populacional e a falta de controle das novas gerações sobre os meios passados de discriminação são os principais empecilhos para tanto. Ninguém deve ser culpados por atos sobre os quais não tenha domínio, nem responsabilizado por ganhos injustos em medida superior àquela em que foi beneficiado.

Fiscus (1992, p. 12) cita o depoimento do *Justice* estadunidense Antonin Scalia contra a lógica compensatória. Nele, afirma que, seu pai, enquanto imigrante italiano, nunca tirou proveito do suor de negros, e, apesar de ter chegado aos Estados Unidos em momento posterior à escravidão, seria indevidamente considerado um beneficiário da discriminação racial na mesma proporção que os brancos americanos.

Em paralelo, a teoria da justiça distributiva não encontra tantos problemas quanto à partilha de direitos e obrigações entre os membros da sociedade, haja vista objetivar somente os ajustes das desigualdades circunstanciais presentes. Para Fiscus (1992, p. 8), a justiça distributiva legitima a exigência que um indivíduo ou grupo faz quanto aos benefícios e posições que teriam alcançado se estivessem sob atuais condições livres de discriminação.

Para a aplicação da justiça distributiva como meio de concretização do princípio da igualdade, costuma-se levar em conta fatores humanos como sexo, raça e outros aspectos de compleição física, bem como de ordem social, antes relegados por entidades públicas e privadas nas chamadas ações neutras. A intervenção estatal ou particular, nesse sentido, é direcionada a vencer as barreiras sociais impostas por discriminações supostamente insuperáveis.

Nas hipóteses em que se persegue a restauração do equilíbrio social, costuma-se negar que o relevo dado à pertença de um indivíduo a determinada categoria configure ofensa ao princípio da igual proteção (KAUFMANN, p. 225). Embora as medidas inclusivas pautadas em características físicas e culturais não visem desqualificar os não-beneficiados, reputando-os seres inferiores, seus critérios podem prejudicar alguns deles, por tratá-los como integrantes de grupos uniformes.

Tanto na teoria compensatória quanto na distributiva, ganha espaço o contra-argumento de que existiriam vítimas inocentes lesionadas pelas ações afirmativas. Assim, ganha destaque o empenho doutrinário em demonstrar que todos os indivíduos que não foram discriminados lucraram com a discriminação alheia (DWORKIN, 1999, p. 209).

Segundo Rios (2008, p. 183), não haveria ‘vítimas inocentes’, mas beneficiários, inconscientes ou não, da injustiça social praticada contra certos grupos vulneráveis. As vantagens conquistadas por brancos menos aptos à competição social seriam, por exemplo, distribuídas entre as diversas raças, se não existissem desigualdades estruturais. A questão, portanto, diria respeito não ao desprezo de ‘vítimas’ mas à evitação de privilégios indevidos.

Tal linha argumentativa é obstaculizada pela impossibilidade prática de se aferir em que grau ou intensidade cada indivíduo desfrutou ou foi afastado dos bens disponíveis. Considerar que todos devam arcar com igual ônus é empreender uma categorização grosseira, fadada aos insucessos da lógica de grupo.

Devido à freqüente invocação de ‘coletivismos’ na defesa da teoria da justiça distributiva, Cruz (2005, p. 140) nota uma equivocada congruência entre ela e as teorias utilitaristas do bem-estar da maioria. Devido ao erro, o autor chega a descartar essa teoria

como fundamento para as ações afirmativas. Não obstante, a distribuição de bens pode ser realizada, segundo Fiscus, também através do exame singular da situação de cada indivíduo.

Os modelos individuais de combate à discriminação são considerados cegos à dinâmica difusa do processo discriminatório e sofrem críticas por se concentrarem apenas sobre atos isolados que permitem a fácil indicação de discriminados e discriminadores. Se, por um lado, são capazes de remediar situações como a de uma mulher que tem trabalho negado em virtude de seu gênero, por outro, não podem combater o estereótipo de incapacidade sobre o gênero feminino.

Frente à insuficiência dos remédios repressivos, os modelos coletivos enfatizam a situação de desvantagem dos grupos vulneráveis, preocupando-se mais com a discriminação indireta sofrida por seus integrantes. Rios (2008, p. 185) aponta que as versões mais brandas do modelo coletivo atribuem algum valor aos indivíduos, enquanto componentes dos grupos com que se identificam. Ao seu turno, as versões mais fortes desse modelo desprezam a estima individual e assumem que os grupos são entidades independentes de seus membros.

Os limites levantados para os dois modelos (o coletivo e o individual) levam Rios (2008, p. 186) a abordar um terceiro, denominado de “modelo da justiça social”. A alternativa trazida por ele seria sintetizada como uma rejeição simultânea dos atos discriminatórios individuais de fácil identificação e os de discriminação sistemática difusa. Para isso, admitir-se-ia o uso moderado de algumas das medidas baseadas em identidade de grupo.

Entretanto, são claramente preferíveis as ações afirmativas que se abstenham de categorizações baseadas na suposição da homogeneidade coletiva. O grande desafio na implementação de normas eficientes para a inclusão social é abstrair-se do cometimento dessas generalizações de caráter histórico. Mais adiante, será demonstrado, de modo mais detido, que é possível, sim, conciliar o valor individual e o combate à discriminação indireta.

## 2 AÇÕES AFIRMATIVAS SOB O CRITÉRIO DA SITUAÇÃO CONTINGENTE

É inaceitável que ordenamentos jurídicos democráticos e pluralistas sejam concebidos sob a égide de um universalismo tendencioso, construído para beneficiar um ‘homem médio’, dissociado da realidade e preso aos valores culturais eurocêntricos. Identificar os indivíduos que carecem de adaptações para o gozo pleno da vida social é um ato que requer atenção aos contextos de cada ser humano.

Diante dos riscos de essas particularidades não serem atendidas por falta de regulamentação específica sobre elas, ganhou espaço a atribuição de direitos a indivíduos segundo sua pertença a grupos considerados mais predispostos a violações. Tamanha estima sobre os indivíduos decorre da valorização da *dignidade humana*. Segundo Sarlet essa expressão se refere à

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos (SARLET, 2008, p.63).

A apreciação da dignidade humana pressupõe, assim, a tomada do indivíduo concreto como parâmetro para a concessão de direitos por parte dos Estados. Tal perspectiva não se confunde com a superestima de uns poucos em detrimento dos demais, justificada pela aplicação de regras de ‘seleção natural’ à sociedade. O ideal de igualdade que se apresenta segue a lógica apresentada por Marx (1961, p. 216-217), cujo ensinamento prescreve que se deve exigir de cada qual segundo sua capacidade, e se oferecer a cada qual segundo sua necessidade.

Para que as dignidades de todos sejam consideradas igualmente relevantes, é preciso que se imponham limitações aos direitos de alguns e se auxiliem os menos adaptados no alcance de seus objetivos<sup>36</sup>. Esse processo de especificação do sujeito de direito, fundamentado na concretude individual e oposto à abstração e generalidade do universalismo,

<sup>36</sup> Nessa senda, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estatui: “Artigo 29: §1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível. §2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará apenas às limitações determinadas por lei,

permitiu o aumento dos bens jurídicos merecedores de tutela, mediante a ampliação dos direitos à prestação (PIOVESAN, 2008, p.22). Assim as mulheres, as crianças, a população afrodescendente, os migrantes, os indivíduos com deficiência, dentre outros grupos vulneráveis, começaram a ser vistos como integrantes de categorias com peculiares condições sociais.

Apesar de trazer novas abordagens aos direitos fundamentais, a óptica da especialização procede a sub-generalizações, haja vista nem todos os integrantes de cada uma das categorias vulneráveis viverem exatamente os mesmos tipos de opressão. Ademais, alguns indivíduos – que, sem se incluírem nos grupos identificados, vivem opressões semelhantes às deles – continuam segregados do usufruto de seus direitos.

A ‘especificação do sujeito’ posta nesses termos dá espaço a uma proteção insuficiente para aqueles que, embora partilhem traços comuns com os grupos dominantes, vivem situações que os identificam com os grupos subordinados. Esse desenquadramento os torna distantes dos opressores, mas também não permite sua participação no mesmo grupo identitário que os demais oprimidos.

Isolados, eles compõem as mais extremas minorias, pois inexistem sequer percentuais significativos para representá-los em amostragens sociais. Exemplificativamente, quando o clamor das inúmeras mulheres que sofrem violência doméstica<sup>37</sup> é atendido exclusivamente para beneficiá-las, os poucos homens que são espancados por suas esposas recebem menor proteção contra a mesma agressão<sup>38</sup>.

A proibição da proteção insuficiente já foi aclamada no Brasil, em decisões do Supremo Tribunal Federal<sup>39</sup>. Essa norma é derivada do princípio da proporcionalidade, que pondera os meios e as finalidades da administração pública, de forma a não somente apontar para uma perspectiva de proteção contra os excessos do Estado, mas também denunciar as situações em que ele não é capaz de proteger suficientemente determinado direito

---

exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências [...] da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.”

<sup>37</sup> “Segundo a Sociedade Mundial de Vítimologia, 23% das mulheres brasileiras estão sujeitas à violência doméstica” (GROSSI; CASANOVA; STAROSTA, 2004, p. 195).

<sup>38</sup> Em 2006, a BBC veiculou notícia segundo a qual um estudo internacional sobre violência doméstica apontou que também ocorrem agressões contra homens. Nas entrevistas, a fim de não sentirem suas virilidades reduzidas, os varões trataram do assunto com ironia. Entre as estudantes européias, as inglesas são as mais abusivas, com 41% delas admitindo que já agrediram de alguma forma os seus parceiros. Entretanto, apenas 5% dessas agressões resultaram em ferimentos mais graves, como escoriações, cortes e ossos quebrados.

<sup>39</sup> O precedente nessa matéria é o acórdão proferido no Recurso Extraordinário N°. 418.376 MS, julgado em 9 de fevereiro de 2006 (STF, Tribunal Pleno, Relator para o Acórdão Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 23 mar. 2007, p. 72.) O expressivo voto do Ministro Gilmar Mendes cita como referencial teórico as obras de Streck (2005) e Sarlet (2005).

fundamental, caso em que, estar-se-á, precisamente em face da proibição da proteção insuficiente, chamada pela doutrina alemã de *Untermassverbot*. De acordo com Streck,

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador (STRECK, 2005, p. 180)

No mesmo sentido, Sarlet (2005, p. 107) afirma acertadamente que "[...] a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange [...] um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros." Dessa maneira, o Estado deve estar pronto para garantir todos os direitos fundamentais.

A fim de se evitar que haja lacunas na proteção destinada a alguns indivíduos, é necessário que seja destinado idêntico tratamento a todos que se encontrem sob as mesmas circunstâncias. Evidentemente, duas situações jamais serão idênticas na totalidade de seus aspectos. No entanto, é possível estabelecer pontos relevantes de paridade entre elas para a concessão de benefícios aos seres humanos que as experimentam.

Na França, berço da revolução que marcou o início da Idade Contemporânea, tem antiga repercussão o debate acerca dos tratamentos diferenciados estabelecidos segundo o pertencimento a grupos oprimidos. Rouland aponta que o primeiro relatório do Alto Conselho para Integração, entregue ao Primeiro Ministro francês em fevereiro de 1991 previa que

Sem negar as diferenças, sabendo levá-las em conta sem as exaltar, é nas semelhanças e nas convergências que uma política de integração dá ênfase, a fim de, na igualdade dos direitos e das obrigações, tornar solidários os diferentes componentes étnicos e culturais de nossa sociedade [...] o Alto Conselho afirma sua convicção de que a concepção francesa da integração deve obedecer a uma lógica de igualdade e não a uma lógica de minorias. Os princípios identitários e igualitários que remontam à Revolução e à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão impregnam nossa concepção fundamentada assim na igualdade dos indivíduos perante a lei, sejam quais forem suas origens, sua raça, sua religião... com a exclusão de um reconhecimento institucional das minorias (ROULAND, 2008, p. 302).

Apesar desse posicionamento inicial, a legislação francesa foi forçada a se adequar à realidade de fato. Teve-se de perceber que o princípio da igualdade não sugeria tratar todos da mesma maneira, pois é preciso tratar de modo diferente os que se encontram em situações distintas e, de modo semelhante, os que se encontram em situações parecidas. Não obstante, esse reconhecimento não abriu caminho para a admissão das ‘minorias’. Aceitou-se admitir distinções de tratamento fundamentadas em diferenças de situação contingente, mas permaneceu a recusa de conceder prioridades aos membros de um grupo definido pelo pertencimento a uma etnia ou origem geográfica.

Rouland (2008, p. 305) afirma que essa resistência se prolongou no plano dos princípios, mas, por ordem prática, o pertencimento a uma cultura, a uma religião e às solidariedades comunitárias chegou a determinar legislações especiais no direito francês. Principalmente com a Lei N°. 83/635, de 1983, naquele país, ganhou espaço a discriminação positiva de mulheres. O fato de se estabelecer moradia em determinada área geográfica também foi tomado como critério de benefícios.

Em 1982, surgiram ações afirmativas para facilitar o ingresso educacional dos moradores de periferias das grandes cidades, consideradas zonas de educação prioritária – ZEP (SCHANPPER; KRIEF; PEIGNARD, 2003, p. 31). Atchabahian (2004, p.157) relata que a juventude da cidade Vaulx-en-velin, por ser uma região pobre e de descendentes de imigrantes, era conhecida pelos seus atos de vandalismo. Em 2004, pela primeira vez, membros dessa comunidade conseguiram se formar em escolas de elite, o que lhes abriu as portas para participar da camada mais abastada da sociedade.

Conforme se depreende dos fatos, a sinalização grosseira de necessidades a partir de recortes identitários tem uma praticidade muito maior que a verificação das reais especificidades individuais. Avaliado que, recorrentemente, uma determinada carência recai com muito mais expressão sobre uma dada categoria social, beneficiar esse grupo significa ter uma pequena margem de erro, indicada por um reduzido número de beneficiários indevidos ou necessitados desassitidos.

No caso de a maioria dos negros não terem qualificação extraordinária, por exemplo, inexistiria reprovabilidade em beneficiá-los em processos seletivos de trabalho, se alguns poucos obtivessem vantagens descabidas por haverem tido acesso a uma formação primorosa. Tal situação é iníqua porque estes teriam condições de competir em igualdade com os não negros, prejudicados pelo uso do artifício.

Embora seja necessário encontrar meios eficientes de realizar a igualdade material, sua operacionalização não pode afastar quaisquer necessitados da prestação de benefícios legais.

O acesso a bens jurídicos não deve ser facilitado para um indivíduo em detrimento de outro apenas porque aquele pertence a um grupo mais *vulnerável*. Ao se assumir que, nesses termos, alguém tenha de arcar com maiores ônus para provar sua situação de *hipossuficiência*, configura-se discriminação ilegítima, pois ninguém pode ser responsabilizado por fazer parte de uma categoria discricionariamente construída.

Germano (2010, p. 21) afirma que as semelhanças entre hipossuficiência e vulnerabilidade não podem levar a uma confusão das duas palavras. Enquanto a primeira surge das reais condições econômicas, sociais e culturais que desequilibram o indivíduo em suas relações, a vulnerabilidade é reconhecida independentemente da situação do indivíduo, como uma probabilidade de dano.

Indubitavelmente, a **aplicação** do direito tem de administrar perigos e levar em consideração vulnerabilidades. A **concepção** do direito, entretanto, não pode multiplicar esses riscos. Os ordenamentos jurídicos devem evitar presunções gravosas e precisam dispor de ferramentas que contornem os prováveis erros judiciaários. Tem-se de ter em vista, por exemplo, que a mesma lógica informadora da proteção privilegiada para mulheres contra a violência doméstica tornaria legítima a prescrição de abordagens policiais mais severas sobre negros, caso restasse incontrovertivelmente provado que se registram mais crimes cometidos pelos integrantes dessa etnia.

Os dados coletados de uma população precisam ter uma finalidade delimitada para que sejam úteis. A expressão numérica de fenômenos sociais é alcançada pelo emprego da estatística, definida como o conjunto de métodos e processos quantitativos que permitem medir os fenômenos coletivos.

Ela pode ser dividida em duas áreas: a estatística descritiva e a estatística indutiva. A primeira se destina à obtenção, organização, redução e representação dos dados, sem nenhum caráter interpretativo. A segunda, por sua vez, se delineia na obtenção e generalização de conclusões para uma população a partir de uma amostra, por meio de cálculos de probabilidade (SILVA, E. et al., 2010, p. 1-5). Tais cálculos indicam riscos a partir da recorrência de fatos.

Estatísticas são mais expressivas à medida que contextualizam os dados coletados. Diferentes atividades e circunstâncias fazem com que os mesmos traços característicos indiquem diferentes vulnerabilidades humanas. A afirmação de que mulheres são mais vulneráveis à violência doméstica do que homens inverte de figura, por exemplo, quando se restringe o universo de homens àqueles que vivem uma relação homoafetiva (PEREIRA, 2009).

Ao relembrar a lição de Ronald Fisher, Kyburg (1974, p. 72) afirma que, no estudo da estatística inferencial, se as informações disponíveis puderem possibilitar a indicação de subconjuntos com probabilidades distintas do grupo em que se inserem, então o subconjunto ao qual pertence o assunto em questão deve ser considerado o novo conjunto referencial. Do contrário, nenhuma probabilidade baseada no inteiro conjunto será correta.

Em todo caso, apesar da observação da recorrência de comportamentos em detentores de certas características identitárias, inexiste fundamento lógico para que um indivíduo tenha restrito um direito seu, devido ao comportamento de outros que, conforme a discricionariedade do avaliador estatístico, foram-lhe justapostos na mesma categoria. É certo que condutas possam impor aos seus agentes a administração dos riscos decorrentes delas, todavia, é desarrazoadamente exigir que alguém arque juridicamente com os riscos advindos de uma certa característica identitária havida<sup>40</sup>. A Suprema Corte americana, ao julgar o caso *Robinson v. California* (370 U.S. 660)<sup>41</sup>, de 1962, já considerou inconstitucional a condenação de alguém com base na sua condição pessoal. Para a condenação, seria necessária a comprovação de alguma conduta ilícita.

Conforme Singer (2011, p. 27), estatísticas ou médias grupais não revelam nada a respeito de indivíduos. Tomem-se como exemplo dois rendimentos mensais nos valores de cem e de seis mil reais. Apesar de a média entre eles apontar a quantia de três mil e cinqüenta reais, essa cifra se afasta sensivelmente do número alcançado por cada um deles individualmente.

É preciso salientar, porém, que, não se destinando a *determinar* tratamentos, as estatísticas podem *orientá-los*. Riscos não podem ser ignorados, mas, devido a sua natureza potencial, não devem determinar um olhar absolutista na direção de suas previsões. Decerto, a relação entre a importância de um bem jurídico relevante e a quantificação do risco de seu desatendimento determinam graus diferentes de severidade das medidas a serem tomadas para protegê-lo.

No ordenamento jurídico brasileiro, há diversas hipóteses em que condutas ou atividades imprimem desdobramentos em virtude dos riscos produzidos por elas<sup>42</sup>. Deve

---

<sup>40</sup> No caso de violência doméstica, por exemplo, quando uma legislação dá maior proteção à mulher, sugere que uma vítima do sexo masculino goze de menor proteção, por arcar com os baixos riscos que lhe oferece o fato de *ser* homem.

<sup>41</sup> Nesse julgado em que se tratava de acusação de consumo de drogas, decidiu-se que, mesmo inequívoca, a condição pessoal de viciado não era suficiente para a condenação, sendo imprescindível a comprovação da conduta ilícita.

<sup>42</sup> A prisão preventiva no Processo Penal é um exemplo de situação em que o comportamento pode impor uma dessas limitações (artigo 313 do Decreto-lei Nº.3.689/1941 – Código de Processo Penal). De igual maneira, o Código de Defesa do Consumidor (artigo 6º, VIII da Lei Nº. 8.078/1990) prevê a inversão do ônus da prova em

restar claro que, nos ditos casos, tem-se de considerar o risco provocado pelas *atividades* ou *comportamentos*, e não pela *identidade* dos agentes. Se a recorrência de fenômenos sociais for utilizada como critério de concessão de direitos especiais, ela ratificará os chamados estereótipos estatísticos.

No sentido do entendimento ora levantado, Oliveira (2010, p. 15) defende a irrazoabilidade do fato de que o simples pertencimento a um mesmo segmento econômico determine que as empresas recolham à Receita Federal do Brasil, a título de Seguro Acidente do Trabalho, iguais percentuais sobre a remuneração paga aos trabalhadores. O Grau de Incidência Laborativa Decorrente de Riscos Ambientais do Trabalho é determinado de acordo com a Classificação Nacional de Atividades Econômicas. Assim, segundo a legislação vigente, quando uma empresa investe na melhoria do ambiente de trabalho, eliminando ou reduzindo os riscos existentes, paga a mesma alíquota que uma outra de sua classe que não fez qualquer investimento.

Apesar de o estudo do autor não se referir a estereótipos construídos sobre identidades individuais, ele também reclama uma análise mais aprofundada das situações contingentes. O cerne da questão é proceder a uma verdadeira especificação das situações a serem contempladas pelos textos legais.

Ao discorrer sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, Bandeira de Mello (1978, p. 29) ensina que o traço diferencial adotado como fator de discriminação lícita pode ser qualquer elemento radicado nas ‘situações’, ‘pessoas’, ou ‘coisas’. Em contradita ao pensamento do referido estudioso, porém, é mister perceber que somente as ‘situações’ têm o condão de determinar tratamentos diferenciados. Sem entrar no mérito da diferenciação de ‘coisas’, é imperioso observar que, quando se caracteriza um ser como ‘pessoa’, seus traços, por si sós, nada informam. O que determina legitimamente um tratamento distinto é a situação em que dado traço se encontra<sup>43</sup>.

Bandeira de Mello (1978, p. 51) reconhece que a correlação lógica entre uma situação e a característica residente nos indivíduos não está isenta de concepções da época em que ela se a estabelece. Para comprovar sua observação, o renomado jurista aduz que, “[...] em determinado momento histórico, parecerá perfeitamente lógico vedar às mulheres o

---

processos judiciais a favor do consumidor querelante, como decorrência da *assunção* dos riscos da *atividade* pelo comércio (LISBOA, 2006, p.70)

<sup>43</sup> A fim de demonstrar como uma característica residente na ‘pessoa’ pode determinar uma discriminação legítima, Bandeira de Mello (1978, p. 49) oferece o infeliz exemplo de uma suposta lei que exigisse ‘presença imponente’ para os integrantes de ‘guardas de honra’ em cerimônias militares oficiais, cuja altura mínima fosse de um metro e oitenta centímetros (p. 17). Tais critérios, no entanto, satisfazem um requisito de natureza estética,

acesso a certas funções públicas, e, em outras épocas, pelo contrário, entender-se-á inexistir motivo racionalmente subsistente que convalide a vedação”.

A construção do pressuposto de que *certa* característica é suficiente ou insuficiente para determinar uma discriminação legal é bastante simplista. Ela ignora o fato de que os seres humanos são multidimensionais. Alguns de seus traços distintivos, em combinação com outros, determinam habilidades e inabilidades distintas. Tem-se de verificar, no contexto real, como o indivíduo, em sua totalidade, interage com o meio e como vivencia os fatos. O exame de situações absorve a contemplação das características individuais e seus contextos quando eles são relevantes.

Segundo Bandeira de Mello (1978, p. 55), “[...] não há duas situações tão iguais que não possam ser distinguidas, assim como não há duas situações tão distintas que não possuam algum denominador comum”. É preciso, portanto, eleger, entre elas, pontos de parecença, de acordo com sua relevância para um determinado propósito.

Enfatizar as situações em detrimento dos traços diferenciais é fundamental para que se evitem os estereótipos estatísticos, decorrentes do emparelhamento de características desconexas, correlacionadas artificialmente apenas pela classificação estatística de grupos sociais. As situações contingentes permitem formar categorias de indivíduos qualificados por sua inserção em objetivos contextos renováveis, e não por seus traços identitários. Esse modo de agrupamento é, aliás, a marca distintiva das normas abstratas, que permitem largamente a subsunção dos fatos (BANDEIRA DE MELLO, 1978, p.35).

Estereótipos estatísticos são tão nocivos quanto aqueles construídos pela difusão de crenças infundadas, posto que têm o mesmo poder de segregação. Ambos ensejam essencializações, ou seja, permitem que os primeiros juízos a respeito dos indivíduos partam da atribuição de inúmeras qualidades pela superestima de um traço identitário, em torno do qual se preconcebe um modelo ideal, cuja adequação é esperada para os detentores da característica evidenciada.

## 2.1 ESSENCIALISMO ESTRATÉGICO E UNIVERSALISMO ESTRATÉGICO

Embora reafirme estereótipos, a essencialização não se reveste apenas de caráter negativo. Ela pode ser utilizada como elemento de coesão na reivindicação de direitos, para

---

subjetivo e pouco funcional, equiparável à exigência de ‘boa aparência’, que, ainda hoje, afasta vários negros de postos de trabalho, conforme relata Cruz (2005, p. 190).

uma consequente desconstrução de cenários opressivos. É justamente essa a proposta da ‘especificação do sujeito’ empreendida em significativa parte das atuais discriminações positivas legais. A partir da grande recorrência de situações de desvantagem em certa categoria social, a hipossuficiência é vista como uma característica própria dos integrantes desse grupo, cujas interações com o entorno precisam ser contrabalançadas.

Contudo, na realidade, o entrecruzamento de características permite que os seres humanos pertençam simultaneamente a uma infinidade de categorias sociais. Essa pluralidade revela a unicidade existencial de cada um deles, em suas irrepetíveis diferenças individuais (Taylor, 2005, p. 237). Desse modo, põe-se em risco a pretensa fragilidade homogênea presente na essência de grupos, pois se verifica que cada um deles se compõe de indivíduos com necessidades distintas.

A essência das coisas, já investigada por Platão (cf. 1997, p. 225-228), traduz os elementos sem os quais não se as define. Quando algumas características são muito reincidentes, comete-se o erro de confundi-las com qualidades essenciais. Cria-se, pois, um essencialismo falho. Um exemplo de essencialismo pode ser observado no contexto específico do feminismo, quando a mulher é especificada por algumas qualidades natas que a definem como um ser imutável em diversas culturas e tempos históricos. Embora factualmente seja praticamente impossível apreender a essência de um grupo humano, Spivak (1990, p.10-11) sugere que os modelos essencializadores possam ser utilizados de maneira cautelosa e estratégica.

Destarte, a autora indiana cunhou o termo *essencialismo estratégico*, para designar o essencialismo como uma *hipóstase*, ou seja, um ideal intangível, utilizado como referencial para a conquista dos direitos dos subalternos. Mesmo consciente da heterogeneidade interna dos grupos oprimidos, ela considera aceitável sua essencialização, diante do objetivo de desfazer os rótulos impostos pelo discurso dominante de outros grupos.

Spivak afirma que, apesar de encontrar alguma utilidade no discurso universalizante, as barreiras postas por sua centralização no homem branco tornam mais útil a escolha estratégica do essencialismo e não a do universalismo. Ainda segundo ela, é necessário ser vigilante sobre as práticas discursivas e, de tempos em tempos, adequar-se às perspectivas essencialistas, em vez de adotar o gesto contraproducente de apenas repudiá-las.

Ray (2009, p. 108-109) aduz que essa primeira articulação do conceito de essencialismo estratégico, aplicado ao movimento feminista, ganhou força com os estudos posteriores sobre grupos subalternos no contexto pós-colonial. Spivak (1987, p. 205-207) expressou melhor seu ponto de vista ao argumentar que a tentativa de erguer uma leitura

histórica própria dos subalternos envolve a busca por uma consciência coletiva ‘essencialista’, claramente ancorada no interesse dos oprimidos em se verem representados como ‘agentes de sua história’.

O essencialismo estratégico proposto por Spivak tem sido, segundo Ray (2009, p. 110-111), bastante deturpado. Em vez de ser utilizado em perspectivas essencialistas, ele vem sendo empregado como ratificação do anti-essencialismo. A idéia de essencialismo estratégico costuma ser reduzida à aceitação do argumento anti-essencialista de que, em princípio, não existem identidades essenciais, mas que, na prática, os indivíduos precisam agir como se elas existissem. Assim, esse essencialismo significaria, por motivos políticos, atuar ‘como se’ as identidades fossem estáveis, de forma, por exemplo, que se pudesse aceitar temporariamente uma categoria de ‘afrodescendentes’, a fim de mobilizá-los para a defesa de interesses comuns.

Tal conceito, no entanto, falha em relação à valorização da hipóstase do essencialismo no exato momento de articulá-lo estrategicamente. Spivak (1990, p. 45) afirma que, uma vez que é impossível não ser, de algum modo, essencialista, é preciso saber utilizar essa perspectiva de forma cautelosa, tendo em conta os riscos trazidos pelas operação que ela envolve.

Para Spivak, o essencialismo não pode prescindir do exame dos contextos em que se deseja empregá-lo ou da apreciação dos espaços representativos destinados a cada grupo na sociedade. É importante também perceber como a perspectiva lançada pelos rótulos influencia o discurso de um representante, pois ninguém pode se abster de ver-se classificado de alguma maneira pelos demais membros da sociedade.

A estratégia essencialista não é um modelo teórico. Ela não apresenta um caráter desinteressado ou universal. Sua circunstancialidade é fundamental para que funcione apropriadamente. A idéia de diferenças arbitrariamente feitas e imotivadamente não reconhecidas precisa da pressuposição de que as semelhanças formam uma essência. Caso o essencialismo seja aplicado fora de contexto, corre-se o risco de ‘congelar’ as posições mesmo quando a situação que clamava pela estratégia resta aparentemente resolvida. A esse respeito, Spivak (1993, p. 17) afirma que já passou o momento crítico que tornou necessário o essencialismo estratégico no feminismo.

Invertendo as prioridades da autora indiana, Gilroy (2007, p. 122) apresenta um *universalismo estratégico*. Ele retoma a idéia de tratar os indivíduos sob uma óptica de igualdade, abandonando o padrão ingênuo cuja referência é o homem branco, cristão,

ocidental<sup>44</sup>. O uso do universalismo estratégico leva em conta a identidade humana, fazendo prevalecer a idéia de espécie humana sobre a de raça.

Alvares (2006, p. 19) expõe que, enquanto Spivak procura dar validade aos essencialismos, Gilroy prefere eliminar categorias como a raça, a classe e o sexo, a favor de um universalismo mais largo, inerente à identidade humana, sem ignorar, contudo, os contextos reais dos indivíduos. Enquanto Spivak identifica o universalismo com o dado conceito clássico da palavra, Gilroy afasta o seu universalismo daquele da tradição iluminista, com uma nova construção. Para ele, uma solidariedade transétnica traria o projeto de realização de uma utopia futura para o presente.

Não obstante, o autor indica a força da raciologia na construção do real. Mesmo que inexista do ponto de vista fático, a raça é um conceito artificial que se torna real no processo de edificação da realidade. A própria construção de um universalismo estratégico pressupõe a observação de particularidades, como a raça, o sexo, ou a classe social, sob uma totalidade capaz de subsumir cada um desses aspectos.

No entanto, é arriscado trabalhar com essências ancoradas na imutabilidade de grupos formados a partir de tantas características, posto que nem mesmo os indivíduos podem ser apreciados sob tamanha constância. Conforme Hall (2005, p. 12) não se podem mais perceber identidades individuais unificadas e estáveis. Um mesmo indivíduo pode envolver não apenas uma, mas várias identidades, que, não raro, apresentam traços contraditórios.

A "identidade" designa a compreensão própria do que cada indivíduo ou grupo é, em suas características definitórias fundamentais como seres humanos. Ela é uma "celebração móvel", definida através da história, e não da biologia. Forma-se e transforma-se continuamente, de modo conexo às representações e interpelações dos sistemas culturais que a rodeiam. Em diferentes momentos um mesmo indivíduo assume identidades distintas, que não se unificam em torno de um "eu" coerente. Assim, o processo através do qual se erigem identidades culturais é percebido de modo provisório e variável.

Ao se constatar que um único indivíduo pode ser tão inconstante, percebe-se que a mutabilidade dos grupos a que ele pertence é exponencialmente maior, já que são formados por uma pluralidade de indivíduos. Embora haja semelhanças entre os integrantes de uma mesma categoria, o complexo conjunto daquilo que representa cada identidade individual difere bastante das identidades grupais construídas.

---

<sup>44</sup> Kaufmann (2007, p. 214) destaca que, em língua inglesa a sigla *WASP* (*white, anglo-saxon, protestant*) é utilizada para se apontar o conjunto dessas características referenciais: branco, anglo-saxão, protestante.

É impossível discorrer sobre experiências ou identidades indivisais, sem dar lugar ao reverso desses conceitos. Nesse sentido Hall (1996, p. 69) afirma que a identidade cultural é um ‘tornar-se’ e não apenas um ‘ser’. Ela pertence tanto ao futuro como ao passado e depende do lugar, do tempo, da história e da cultura em que se insere. De modo geral, identidades humanas não podem ser recuperadas do passado porque elas estão em constante modificação no ‘jogo’ histórico. Inexistem, pois, maneiras de garantir estabilidades identitárias na dinâmica das relações sociais.

A proteção de identidades consideradas vulneráveis não pode se basear na presunção de que as posições assumidas por elas são constantes. A fim de evitar essencializações fora de contexto, as ações afirmativas lastreadas no pertencimento a grupos costumam assumir um caráter temporário. No entanto, apesar da demarcação de limites cronológicos, continua ignorada a multiplicidade de identidades que o grupo e seus membros podem assumir dentro de um curto intervalo.

Como exigência do multiculturalismo, ações afirmativas visam não só à distribuição de bens, mas também ao reconhecimento dessas identidades. Em parte elas são moldadas pelo próprio reconhecimento ou pela ausência dele. O equívoco alheio no reconhecimento de uma identidade pode, inclusive, fazer com que indivíduos ou grupos sofram danos e opressões reais, se a sociedade ao seu redor devolver-lhes uma imagem desprezível de si mesmos.

Por isso, alega-se que grupos vulneráveis, como mulheres e negros, foram induzidos nas sociedades brancas patriarcais a adotar uma auto-imagem depreciativa. Eles teriam internalizado o quadro da própria inferioridade, que impede seu avanço quando são vencidos os obstáculos externos. Taylor (2000, p. 242) afirma que o reconhecimento errôneo não se limita a faltar com o devido respeito, pois ele paralisa as vítimas em um ódio de si mesmas.

Para evitar que, nas escolas, os alunos dos grupos excluídos recebam, de forma direta ou omissiva, uma imagem desfavorável de si, é essencial incluir elementos de uma cultura mais ampla nos currículos. Não pode prosperar a concepção de que toda a criatividade e todo o valor são inerentes aos homens de origem européia. O devido reconhecimento é uma necessidade humana vital, uma modalidade apropriada às sociedades democráticas saudáveis.

Todos os seres humanos são igualmente merecedores de respeito às suas dignidades. Conforme Taylor (2000, p. 253), todos abrigam um *potencial humano universal* que, independentemente de suas ações, assegura-lhes esse respeito. Essa noção de igualdade é tão abrangente que alcança também os indivíduos que são incapazes de realizar seu potencial de escolher a direção de suas próprias vidas. Destarte, esse universalismo também protege, por exemplo, aqueles que têm alguma deficiência intelectual.

A consciência moderna está mergulhada na idéia de autenticidade, segundo a qual os indivíduos têm sua própria medida do mundo (TAYLOR, 2000, p. 244). Cada um tem uma percepção única do que significa *ser humano* e se vê livre para seguir a vida do próprio modo, sem se limitar a imitações dos outros. De tal sorte, também os povos teriam uma originalidade, um caminho particular a ser seguido por eles. O colonialismo europeu teve, com isso, de ser reduzido, a fim de dar aos nativos das terras dominadas uma oportunidade de ser eles mesmos sem empecilhos<sup>45</sup>.

Segundo Taylor (2000, p. 246), essa originalidade de percepção não é monológica. Ela se constrói a partir de diálogos com o entorno. Tais comunicações acontecem através das mais variadas formas de linguagem. A descoberta que alguém faz de sua identidade não implica uma produção própria no isolamento, ela depende das relações com os outros. Embora no ‘antigo regime’ francês as identidades sociais também dependessem da sociedade, o reconhecimento identitário aderia às categorias sociais que todos tinham por certas. Reconhecida a singularidade individual, tornou-se necessário que a identidade se afirmasse por meio de tentativas de intercâmbios, que nem sempre são bem-sucedidas.

Nesses processos de reconhecimento, a existência de cidadãos de primeira e de segunda classes, com mais e menos direitos respectivamente, deve ser evitado a todo custo. As medidas específicas utilizadas para implementar uma igual cidadania variam bastante e são objeto de controvérsia. Certamente, sua melhor aplicação deve pressupor não apenas igualdade de direitos civis e de votos, mas também uma equalização socioeconômica, já que indivíduos impedidos pela pobreza de usufruir de seus direitos são, na prática, cidadãos de segunda classe.

Taylor (2000, p. 250) ainda afirma que, apesar de suas profundas diferenças interpretativas, o princípio da igual cidadania obteve aceitação universal. Decerto, todas as perspectivas e reivindicações de direitos passaram a se basear neles. O movimento estadunidense pelos direitos civis nos anos 1960 foi um grande marco dessa conquista. Com ela, veio também a exaltação da diferença, baseada no próprio universalismo, conforme o qual *todos* têm o direito de ter a identidade reconhecida. A igualdade de direitos soma-se, assim, ao reconhecimento das diferenças, que exige o exame de elementos distintivos ignorados ou distorcidos por uma identidade majoritária.

---

<sup>45</sup> Para Taylor (2000, p. 268), um dos autores-chave dessa transição foi Fanon, que na obra *Les Damnés de la terre*, de 1961, alegava que a principal arma dos colonizadores era a imposição de sua imagem do colonizado aos povos subjugados. Estes, a fim de se libertarem, teriam, antes de tudo, de se purgar dessas auto-imagens depreciativas, mesmo que tivessem de retribuir a violência.

Todos têm suas próprias identidades. Essa verdade universal permite que o pluralismo de identidades seja considerado ao menos abstratamente. Contudo, empecilhos surgem quando se tem de levar em consideração, especificamente, elementos que não são universalmente partilhados. A tentativa de realizar formas de não-discriminação que não sejam cegas às diferenças entre as coletividades requereu que se fizesse das distinções a base do tratamento diferenciado.

Se, por um lado, o universalismo dá margem à total igualdade de direitos, por outro, fundamenta a especificação das diferenças. Essas duas concepções parecem entrar em conflito. A primeira reprova a segunda ao alegar que esta simplesmente viola o princípio da não-discriminação. Por sua vez, a segunda condena a primeira devido à sua imposição de padrões que negam a diversidade das identidades. Tão enfática negação não seria simplesmente proveniente de modelos neutros, mas da adoção de referências exclusivas a uma cultura hegemônica.

Com a finalidade de fazer com que as regras “cegas à diversidade” voltem a vigorar sem colocarem ninguém em desvantagem, muitas discriminações positivas oferecem aos integrantes de grupos desfavorecidos uma vantagem competitiva temporária em empregos e vagas universitárias. Entretanto, nem todas as ações afirmativas visam a um retorno à apatia quanto às diferenças. Algumas se destinam a manter e cultivar traços distintivos não só agora, mas sempre.

Em desprezo a esse ideal, a deflagração das mais discutidas discriminações positivas gera, segundo Taylor (2000, p. 252), apenas um processo de redistribuição de renda e não um rearranjo cultural. As ações afirmativas preocupadas com inserções multiculturais não podem ser limitadas no tempo, porque o desenvolvimento de identidades não o é. Deve-se constantemente garantir o exercício das particularidades.

As modalidades mais radicais da política da diferença acusam o liberalismo cego de ser ele mesmo reflexo de culturas particulares. Com isso, esse liberalismo poderia ser uma espécie de contradição prática, um “particularismo mascarado de universal” (TAYLOR, 2000, p. 254). Supostamente, o liberalismo seria capaz de oferecer um território neutro para a coexistência de diversas culturas e perspectivas. Para tanto, seria necessário fazer algumas distinções, como, por exemplo, aquela que afasta política de religião. Muitas correntes islâmicas, no entanto, não vêem motivos para tais separações, o que aponta para o fato de que o liberalismo só pode se relacionar com alguns tipos de cultura compatíveis (TAYLOR, 2000, p. 266). Assim, a sociedade é de modo sutil e inconsciente, altamente discriminatória.

Taylor (2000, p. 272) também aponta outro problema que afeta as políticas do multiculturalismo. Trata-se do fato de que a exigência peremptória de juízos de valor favoráveis para certas categorias é também homogeneizante. Implicitamente, eles acomodam os ‘subalternos’ em arbitrárias categorias pré-estabelecidas pela cultura dominante. Dessa maneira, tem-se de buscar um meio-termo entre a homogeneização de iguais valores e a limitante segmentação da sociedade em categorias rotulatórias.

O ponto médio entre esses extremos parece recair, justamente, sobre a delimitação de grupos formados por indivíduos que vivem situações semelhantes. Assim, iguais violações requerem iguais proteções, de modo universal, independentemente de qual seja a identidade ameaçada. Muitas vezes, a identidade fragilizada é aquela de um indivíduo que, embora seja categorizado no grupo dominante, ao se colocar em situação de hipossuficiência, sofre um reproche social mais severo do que aqueles que sabidamente pertencem a categorias vulneráveis<sup>46</sup>.

Na construção da igual proteção, o universalismo e o essencialismo não são estratégias incompatíveis. A própria universalidade de direitos pressupõe uma essência humana. Apesar de apresentarem prioridades distintas, tanto o universalismo estratégico quanto o essencialismo estratégico podem ser legitimamente utilizados na conquista de direitos. Não obstante, eles devem sofrer ênfase em momentos distintos de um mesmo processo. Ao essencialismo, cabe a mobilização de indivíduos direcionada à evidenciação da perspectiva dos oprimidos. Indicada a opressão, cabe ao universalismo a atribuição de direitos a quem quer que se encontre sob as situações denunciadas.

Com isso, quer-se dizer, por exemplo, que é legítimo aos negros articularem-se sob a bandeira da negritude, para debelarem situações de hipossuficiência que, por serem recorrentes entre eles, torna-os um grupo vulnerável. No entanto, é inconcebível que as medidas protetivas adotadas pela lei beneficiem apenas os membros desse grupo quando outros indivíduos podem eventualmente viver conjunturas análogas. Tampouco se podem admitir benefícios indevidos a indivíduos que prescindam de favorecimentos. Desse modo, cabe ao universalismo distribuir as conquistas entre aqueles que não tiveram voz nos processos reivindicatórios.

Não se pode, contudo, desmerecer o valor histórico que certas políticas e direitos tiveram na construção de uma cultura de direitos humanos. O universalismo cego às particularidades individuais cumpriu seu papel ao desvincular a sociedade dos privilégios

---

<sup>46</sup> Essa é a situação, por exemplo, dos poucos homens que são violentados pelas companheiras e esposas.

conferidos por posições de nascimento. A especificação do sujeito de direito em grupos vulneráveis homogêneos também exerceu seu papel ao firmar a consciência de que nem todos os indivíduos têm necessidades iguais, e que, por isso, merecem cuidados específicos.

Todavia, a elevação dessa última idéia demonstra que é inviável categorizar os indivíduos monolicamente. É chegado o momento de dar um passo adiante nessa caminhada, para que o aclamado direito à diversidade possa alcançar também o direito à diferença dentro dos grupos classicamente especificados, aliando a luta contra a subordinação e a não-diferenciação.

## 2.2 A ANTIDIFERENCIACÃO EM FACE DA ANTI-SUBORDINAÇÃO

Como todo princípio jurídico, o princípio da igualdade é uma norma aberta. É necessário encontrar-lhe interpretações que ofereçam modos de concretizá-lo diante de cada caso. Tal abstração torna sua aplicação permeada por divergências relacionadas às prioridades a serem atendidas no direito da antidiscriminação. Se, por um lado, valoriza-se a igualdade nos procedimentos, por outro, preza-se pela igualdade no alcance de resultados. Com isso, confronta-se a abordagem proceduralista e a substancialista.

Segundo a perspectiva proceduralista, o princípio da igualdade não autoriza os tribunais a interferirem nas escolhas políticas tomadas pelos diversos órgãos governamentais. O voto das maiorias numéricas teria de ser respeitado enquanto elemento fundamental da democracia.

Somente diante das eventuais falhas nos procedimentos decisórios e executivos o princípio da igualdade teria a função de promover correções. Portanto, o adequado desenvolvimento do *procedimento* democrático seria suficiente para a tomada de decisões sobre a igualdade e a desigualdade devida nos tratamentos a grupos e a indivíduos isoladamente considerados.

Rios (2008, p. 25-26) indica que, de acordo com essa perspectiva, ocorrem distorções no procedimento democrático quando se adotam medidas universais pautadas em estereótipos ou que tenham a finalidade de prejudicar grupos vulneráveis. Contudo, somente o Poder Judiciário teria a função de realizar as correções devidas. Dessa forma, o proceduralismo é criticado precisamente por não permitir ações afirmativas baseadas em estereótipos grupais que pressuponham a hipossuficiência de todos os membros de uma coletividade. Ademais, ele

é refutado por exigir a demonstração de motivações e intenções que nem sempre são detectáveis.

Essa perspectiva também encontra limites por deixar de combater discriminações institucionais ou não intencionais, já que exige a intencionalidade das posturas maléficas para desfazê-las. De resto, ela falha na investigação das origens discriminatórias, retirando-as do contexto social em que os viciados procedimentos decisórios se desenvolvem. Para suprir essas falhas, é mister recorrer a uma abordagem substancialista.

Ainda na lição de Rios (2008 p. 27-30), a preocupação central do substancialismo é a real posição de desvantagem social de alguns grupos que não se beneficiam da ‘igualdade jurídica’ pautada em processos tendenciosos, cheios de hostilidades e preconceitos. O substancialismo tem sua origem no caso *Brown v. Board of Education* (347, U.S. 483), de 1954, no qual se julgou que comportamentos aparentemente neutros em relação à raça podem ter fundamentos na discriminação ilegítima.

A abordagem substancialista abraça dois grupos: as teorias do estigma e as teorias da desvantagem dos grupos discriminados. Consoante as primeiras, o princípio da igual proteção pressupõe o combate a estigmas e a proibição do tratamento de indivíduos como membros de grupos inferiorizados, estranhos à sociedade. Demanda-se, pois que o Estado e a sociedade reconheçam, *prima facie*, a vulnerabilidade dos grupos estigmatizados.

Preocupadas com a participação socioeconômica dos grupos vulneráveis, as teorias da desvantagem propõem a redistribuição dos bens sociais. Elas indicam a necessidade de uma revisão das práticas e instituições mantenedoras das desigualdades materiais. Para tanto, partem da perspectiva do discriminado, ao invés do ponto de vista dos agentes discriminadores e de seus beneficiários.

O direito da antidiscriminação conjuga, portanto, a proibição de diferenciações desarrazoadas e a proibição da subordinação de grupos. O princípio da anti-subordinação não apenas prevê a punição de atos discriminatórios pejorativos, mas também se direciona para o reconhecimento da igual relevância que deve ser dado às dignidades de todos. A mera proibição da discriminação adota a perspectiva do dominador, na medida em que se funda na idéia de inferiorização dos subordinados.

Segundo a perspectiva da antidiferenciação, todos os tratamentos distintos, prejudiciais ou benéficos são considerados pejorativamente discriminatórios. Ela exalta a suposta neutralidade das medidas tomadas por indivíduos ou instituições e, de modo geral, salienta a proteção às vítimas de discriminação intencional. Assim, a antidiferenciação rejeita ações afirmativas baseadas no pertencimento a grupos, por reputá-las uma discriminação

contra os demais. Para ela, é ilegítima a instituição de qualquer distinção fundada nos critérios proibidos pelo artigo II da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que prevê a vedação *de qualquer espécie* de diferenciação entre os indivíduos, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem social ou riqueza.

A estima à imparcialidade, à objetividade e à universalidade se harmoniza com o individualismo e com a meritocracia, advogando uma aplicação simétrica do princípio da igualdade, avessa a tantos estereótipos. Em seus níveis mais extremos, contudo, a perspectiva da antidiferenciação é uma manifestação radical da igualdade formal, que termina por gerar uma indiferença às distinções de oportunidades e contextos sociais.

Acusa-se a antidiferenciação de, sob o argumento do igual tratamento a todos, não vislumbrar os mesmos padrões opressivos entre, por exemplo, a segregação de brancos e negros em piscinas públicas, ou o simples fechamento de todas as piscinas públicas para evitar a integração e perpetuar uma sociedade racista<sup>47</sup>. Da mesma forma, denuncia-se que a relação entre a antidiferenciação e o individualismo resulta no exclusivo combate aos casos de discriminação intencional (RIOS, 2008, p. 34-35).

Quanto aos procedimentos, essa abordagem se reflete na distribuição do ônus probatório e na adoção ou recusa de presunções de hipossuficiência na definição dos casos estabelecidos à primeira vista, chamados *prima facie cases*. A perspectiva da antidiferenciação faz com que o princípio da igualdade atue de modo negativo, a partir da proibição de diferenciações e do estabelecimento de posturas ‘neutras’. Como decorrência, a igualdade material fica limitada aos momentos de aplicação das leis.

Ao contrário, a perspectiva da anti-subordinação persegue a reprovação de quaisquer subordinações criadas ou perpetuadas pelas situações discriminatórias. Também são combatidos os tratamentos aparentemente neutros que, intencionalmente ou não, venham a reforçar subordinações. A linha da anti-subordinação admite ações afirmativas estabelecidas para os clássicos grupos vulneráveis, toda vez que, de alguma forma, elas se revelem eficazes. Medidas específicas para tais categorias não seriam consideradas discriminações ilegítimas contra os demais grupos, pois a igualdade formal é que se reputaria ofensiva.

A preocupação com a igual proteção de membros de grupos subjugados confere ao princípio da igualdade um conteúdo substantivo e não apenas procedural. Embora se

---

<sup>47</sup> A questão das piscinas públicas foi apresentada à Suprema Corte americana, no caso *Palmer v. Thompson* (403 U.S. 217), de 1971, em que se mantiveram fechadas as piscinas. Nem mesmo a proposição da igualdade simétrica poderia ter feito com que a jurisprudência da Suprema Corte estadunidense legitimasse a segregação racial através da doutrina dos ‘separados mas iguais’, posto que a separação racial por si mesma se baseia em um critério repudiado pela antidiferenciação: a raça.

inclinem à deflagração de medidas atentas aos contextos sociais de seus beneficiários, as assimetrias pautadas na anti-subordinação costumam proceder a contextualizações grosseiras.

Elas não confrontam os *desejados* ‘direitos gerais’ com os *tolerados* ‘direitos especiais’. Embora a perspectiva da anti-subordinação tenha um viés organicista que se aplica muito expressivamente à correção das posições assumidas pelos grupos vulneráveis, ela também busca se compatibilizar com a concretude do indivíduo inserido na sociedade.

Tanto a exaltação das diferenças quanto a exaltação da igualdade podem servir a propósitos de repressão ou emancipação (RIOS, 2008, p. 84-86). O diferencialismo repressivo é aquele que usa a diferença para estabelecer a subjugação de pretensos ‘grupos inferiores’ por ‘grupos superiores’, como no colonialismo e no imperialismo. Por sua vez, o diferencialismo emancipatório destaca as diferenças para que cada um dos indivíduos tenham suas necessidades específicas igualmente atendidas.

Já o igualitarismo repressivo é aquele que, no campo abstrato, considera todos iguais mas, na prática não oferece condições para uma equalização efetiva. Sem negar as diferenças, é o igualitarismo emancipatório que alcança a igual consideração que deve ser destinada a cada indivíduo, no atendimento de suas necessidades. Destarte, é fundamental que nem o igualitarismo e nem o diferencialismo realizem assimilacionismos culturais no processo emancipatório<sup>48</sup>.

Todavia, as medidas que perseguem a extinção de algum tipo de subordinação não devem cumprir sua finalidade *a qualquer custo*. Elas precisam ser precedidas do exame dos possíveis efeitos colaterais que o benefício a um determinada categoria apresentará sobre os demais membros da sociedade. Tem-se de combater a subordinação como fato social amplo e não apenas retirar alguns grupos vulneráveis da subalternidade.

Da mesma forma que a perspectiva da antidiferenciação, a perspectiva da anti-subordinação encontra limites na deflagração de ações afirmativas. Decerto, quando concentrada sobre o indivíduo, a perspectiva da anti-subordinação absorve a da antidiferenciação. De qualquer modo é salutar conjugar ambas, a fim de se encontrar o conteúdo do direito da antidescrição.

Para Rios, a inconstância na adoção de uma ou outra perspectiva aponta que “[...] o direito da antidescrição opera mediante a consideração de valores substantivos e que a aplicação do princípio jurídico da igualdade vai além de um simples teste de racionalidade entre meios e fins” (2008, p. 45). A antidiferenciação valora quais os critérios

<sup>48</sup> Exemplo de assimilacionismo é a exigência de reproduções de papéis de gênero, tais como fidelidade conjugal e aprovação sexual para o reconhecimento de uniões estáveis homossexuais.

proibidos de diferenciação, enquanto a anti-subordinação valora quais as posições indesejáveis para indivíduos e grupos.

Como já foi ressaltado, as situações de subordinação não estão restritas à má distribuição dos bens sociais. Elas também abrangem a falta de reconhecimento das identidades de indivíduos e grupos. Assim, a questão socioeconômica é paralela à cultural<sup>49</sup>. A esse respeito, Fraser (2001, p. 55-56) ilustra que o fato de um banqueiro afrodescendente não conseguir um táxi na Wall Street nada tem a ver com sua acumulação patrimonial, mas com os estereótipos de sua etnia.

Tal ilustração do racismo demonstra que medidas específicas para que os negros participem mais da distribuição dos bens sociais não findarão os problemas causados pelos estereótipos. É fundamental que as ações afirmativas guardem estrita relação finalística com o contexto que desejam sanar, sejam elas da ordem da distribuição de bens materiais ou do reconhecimento identitário.

Um diferencialismo radical leva até as últimas consequências o processo de diferenciação que produz o reconhecimento de uma identidade coletivamente compartilhada. A fragmentação das múltiplas identidades possíveis dentro de cada grupo resulta em um novo universalismo, consciente das distinções individuais. Esse universalismo estratégico surge para conciliar a igualdade formal e a material. A fim de alcançar tão ousado objetivo, é mais apropriado que, em vez de se apoiar em identidades, o direito à diferença se construa sobre situações contingentes.

## 2.3 A OPERACIONALIDADE DO CRITÉRIO DA SITUAÇÃO CONTINGENTE

A indicação do universalismo como estratégia adequada à determinação de ações afirmativas pode parecer estéril se não forem demonstrados meios de operacionalizá-lo. Sua materialização depende do uso exclusivo do critério da situação contingente como delimitador dos grupos vulneráveis a serem beneficiados por medidas especiais. A implementação dos direitos humanos das categorias oprimidas, contudo, não prescinde das discussões teóricas

---

<sup>49</sup> São exemplos de dominação econômica: (a) a exploração de alguns grupos sobre outros; (b) a falta de mobilidade social dos menos remunerados e; (c) a privação de condições de vida materialmente adequadas. A subordinação cultural pode se manifestar das seguintes formas: (a) em corriqueiras práticas de injúria e menosprezo contra determinado grupo; (b) pela invisibilidade social de certas categorias e; (c) pela sujeição do grupo dominado a padrões de comunicação que lhes são hostis (RIOS, 2008, p. 80).

apresentadas a respeito das identidades, do organicismo, da igualdade e até do próprio conceito de ação afirmativa.

Embora Bobbio (1992, p. 25-26) saliente que a prioridade dos direitos humanos na atualidade seja referente às suas garantias, e não aos seus fundamentos, é impossível proceder à reconstrução das ações afirmativas sem que se revisitem as suas justificativas e finalidades. A efetivação de direitos não é posterior a sua fundamentação. Os dois processos são simultâneos e se alimentam reciprocamente.

Nesse sentido, encontrar o motivo gerador das ações afirmativas é fundamental. A razão existencial de eventuais ‘direitos especiais’ é o combate e a prevenção de hipossuficiências circunstanciais. Ainda que as contingências se justapongam de maneira a causar a impressão de uma constância, trata-se de transitoriedades. Por mais numerosos que sejam os oprimidos em virtude de uma certa característica, nenhuma identidade deve ser considerada inferior a outra ou intrinsecamente hipossuficiente.

Assim, as ações afirmativas devem considerar os *contextos* de hipossuficiência ou vulnerabilidade dos indivíduos para lhes conferir benefícios. Não se deseja com isso afirmar que devam ser feitas leis que singularizem atual e absolutamente seus beneficiários. A fim de vencer a subordinação, as leis têm de manter sua abstração e generalidade.

É necessário delimitar a situação contra a qual se quer proteger. No caso dos negros, por exemplo, entre outras questões, combate-se o racismo. A regra adequada a esse grupo tem, portanto, que visar combater as discriminações racistas, e não beneficiar o grupo negro em si. Dessa forma, qualquer indivíduo que sofra o racismo, seja ele negro, branco, amarelo ou vermelho, deve se beneficiar na proporção das discriminações vivenciadas.

Não é apropriado que se desenvolvam medidas para um grupo identitário específico e, no caso concreto, por meio da hermenêutica jurídica, estenda-se a norma para indivíduos que provem encontrar-se na mesma posição que a maior parte dos beneficiários da ação afirmativa. Além de se onerar demasiadamente o hipossuficiente que se encontra à margem do grupo considerado vulnerável, certamente serão beneficiados outros indivíduos que prescindem da medida. O direito tem, inevitavelmente, de suportar os riscos da operação legal, entretanto, a melhor técnica legislativa é aquela que busca contornar os riscos previsíveis.

Isso não significa que o papel fundamental da hermenêutica deva ser diminuído. Pelo contrário, a abertura do rol de beneficiados pelas ações afirmativas aumenta a necessidade de

interpretação das leis. Ademais, facilita-se o trabalho do operador do direito ao motivar as decisões que corroborem a aplicação de medidas especiais para os grupos, *a priori*, olvidados.

Decerto, algum modelo precisa ser utilizado para a feitura das leis, contudo, tal referência não deve se sobrepor à realidade. Aristóteles (2009, p. 125) bem constatou que a eqüidade deve ajustar os enunciados universais das leis quando os casos concretos vão contra sua ‘universalidade’. Enquanto a igualdade seria um conceito aritmético, a eqüidade seria uma idéia geométrica, proporcional, que se adéqua ao caso concreto.

Destarte, segundo o estagirita, tem-se de retificar, como um defeito, aquilo que o legislador *deixou escapar*. Se o elaborador legal tiver condições de antever as prováveis falhas da legislação, não existem motivos para se evitarem suas correções durante a redação de enunciados. O princípio da igualdade não se destina somente ao aplicador da lei. Bandeira de Mello (1978, p. 14) ensina que o destinatário da cláusula constitucional da igualdade perante a lei – em suas perspectivas aritmética e geométrica – é, precisamente, o legislador. A política legislativa encontra, nesse princípio, sua primeira e mais fundamental limitação. É interdito ao ditame legal adotar critérios que defiram disciplinas diversas para situações equivalentes.

Os princípios são, por definição, os mandamentos nucleares de quaisquer sistemas. Suas disposições fundamentais se irradiam sobre diferentes normas e compõem-lhes o espírito. Os princípios servem para a exata compreensão e inteligência das demais normas por atribuírem um sentido harmônico ao sistema normativo em que se inserem (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 81).

Em esclarecedora lição, Alexy (1993, p. 86-87) afirma que toda norma é uma regra ou um princípio. Os princípios são mandamentos de otimização, que podem ser cumpridos em diferentes graus. A devida medida de seu cumprimento não depende apenas das possibilidades materiais, mas também das possibilidades jurídicas, aferidas pela contraposição entre os princípios e as regras. Este segundo tipo de norma, por sua vez, não apresenta graduação na forma de execução. Simplesmente se observa seu cumprimento ou não cumprimento. Quando a regra é válida, tem de se realizar sua exigência de forma precisa. As regras são determinações a respeito do que é fática e juridicamente possível. Logo, a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau.

O contorno de segurança oferecido pelas regras, entretanto, não pode ser absoluto. Se, por falha humana, a letra das leis não observa as disposições dos princípios, estes últimos

devem contorná-la para fazer respeitar a integridade normativa do sistema. Cabe, aqui, o resgate das palavras de Moraes, quando aduz que:

Ao ordenar ou regular a atuação administrativa, a legalidade não mais guarda total identidade com o Direito, pois este passa a abranger, além das leis – das regras jurídicas, os princípios gerais de Direito, de modo que a atuação do Poder Executivo deve conformidade não mais apenas com a lei, mas ao Direito, decomposto em regras e princípios jurídicos, com superação do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade. [...] A noção de legalidade reduz-se ao seu sentido estrito de conformidade dos atos com as leis, ou seja, com as regras – normas em sentido estrito. A noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição (MORAES, 1999, p. 23-24).

Os critérios legais e jurisprudenciais devem, pois, estar subordinados ao princípio da igualdade. Usualmente, a abrangência semântica do termo ‘critério’ encontra-se ao redor de idéias como exame, discernimento e julgamento. Alternativamente, significa um parâmetro, indicador de comparação; algo que possibilita o reconhecimento de um objeto; o meio de formar um juízo ou mesmo atingir um certo resultado.

Para as ações afirmativas, os critérios são pontos chave de efetividade devido a seu relevo na técnica de formação das leis que as implementam. A técnica legislativa se define como a arte de elaborar leis, disciplinada por um conjunto próprio de atos e normas para tal finalidade. Em sentido amplo, a técnica legislativa compreende a inteireza do processo de elaboração do ato legislativo – desde a verificação da necessidade de regular determinado assunto, até a publicação do ato. Em sentido estrito, envolve todas as operações direcionadas à correta formulação da vontade legislativa, seja quanto à redação propriamente dita ou quanto à distribuição do assunto (FUNDAÇÃO PREFEITO FARIA LIMA, 2001, p. 83-84).

A repetição de certos fatos desencadeia processos que culminam em ações afirmativas com o escopo de coibir práticas sociais excludentes específicas. Talvez os fatos que ocorrem isoladamente – fora do contexto visualizável que afeta grande extensão de grupos definidos por sua identidade – não ensejassem discriminações positivas lícitas. No entanto, uma vez criadas as leis para atender aos casos de exclusão de maior recorrência, elas não podem deixar de contemplar outros fatos semelhantes.

Partir da proposição de que cada característica identitária merece uma legislação própria para a proteção contra o mesmo tipo de subordinação leva a uma infindável multiplicação de leis. A lei deve, sim, integrar os grupos excluídos. Contudo, as atuações devem ser contextualizadas.

A legislação, antes de ser promulgada, deve ter os seus possíveis efeitos estudados. Ela precisa ser específica o bastante para tutelar os grupos que, através de sua reivindicação, possibilitaram seu surgimento, mas abrangente o suficiente para não criar novas disparidades. Os fenômenos sociais não podem receber tratamentos desiguais fora da proporção de sua real desigualdade. Quando a lei é incapaz de estabelecer a proporção, caberá a seu aplicador a tarefa de fazê-lo.

Em nome da segurança jurídica, o legislador não pode fiar-se completamente na habilidade do julgador, cuja importância está, aprioristicamente, na adequação circunstancial e, não, na concepção do direito. Não se pretende dizer, com isso, que o juiz não deva criar o direito através de sua interpretação e aplicação, senão que a técnica judicial é sempre subsidiária à legislativa.

É evidente que o contexto histórico de uma lei influencia sua construção. A sua aplicabilidade, entretanto, não deve ficar restrita a dado momento, mas ser estendida ao máximo no tempo. Do contrário, serão necessárias numerosas e sucessivas edições legais que tratem do mesmo assunto. Assim, o cumprimento da intenção posta na lei é tão mais assegurado quanto mais se reveste sua produção da devida metodologia. A fim de se compreender a importância desta última, é válido explicar alguns dos princípios que instruem a técnica legislativa: o da clareza, da precisão e o da logicidade.

Ainda que haja uma tendência à relativização das normas, elas precisam ser claras, o que significa que as idéias concatenadas nelas devem fazer-se perfeitamente compreendidas por alguém que não tenha participado de seu processo de elaboração. Portanto, é necessário, também, que sejam precisas, formuladas com palavras certas para expressar o que se deseja transmitir.

Termos de significado unívoco devem ser preferidos aos vagos, de múltiplo significado, cujo uso, em último caso, far-se-á com moderação. Se estes forem imprescindíveis, a adequação é essencial para que o intérprete capture com precisão o seu sentido contextualizado e possa revelar a intenção legislativa. O caráter explícito da norma evita a necessidade interpretativa do recurso a princípios implícitos bem como supre a provável inaptidão do aplicador para fazê-lo. É razoável que a estrutura da lei siga uma ordem lógica, possibilitando o entendimento de quem a contemple. Com isso, Mendes (1991, p. 41) expõe que a utilização de formas obscuras ou criptográficas também contraria o princípio da segurança jurídica.

Desta feita, a técnica legislativa pode ser analisada por dois prismas: um que objetiva a chamada simplificação quantitativa do acervo legislativo e outro cujo desígnio é a

simplificação qualitativa. O primeiro remete à técnica legislativa em sentido amplo, e o segundo, em sentido estrito.

Carvalho (2001, p. 57) ensina que a simplificação quantitativa inclina-se à contração da massa dos materiais (lei de economia), de forma a classificá-los e reduzi-los a categorias gerais. A simplificação qualitativa, por sua vez, tende a purificar a qualidade do material, sob uma forma interiormente ordenada em que as partes se reúnem em uma só unidade. Em outras palavras, a simplificação quantitativa reduz o tamanho e o volume das leis, enquanto a simplificação qualitativa aperfeiçoa o material de forma a tornar a legislação coesa.

O Poder Legislativo, enquanto instituição fundamental do regime democrático representativo, é confrontado com uma ampla e variada demanda por novas normas. Assim, compete ao legislador não só concretizar genericamente a vontade constitucional, mas também lhe cumpre preencher as lacunas e corrigir os defeitos encontrados na legislação em vigor. Não há somente o poder de legislar, mas também o dever de legislar (MENDES, 1991, p. 41).

A lei exerce um papel de indubitável relevância na ordem jurídica do Estado Democrático. No entanto, apesar de encontrar poucos limites, o exercício da atividade legislativa é e deve continuar a ser submetido ao princípio da necessidade, cujo mandamento prevê que a promulgação de leis supérfluas ou iterativas configura abuso do poder de legislar.

A adequação da lei também depende da correlação construída entre o seu texto e a prognose legislativa, entendida como a previsão do conjunto de circunstâncias fáticas – passadas, presentes ou futuras – que motivam a atividade legiferante. Segundo Mendes (2000), no tocante a *eventos futuros*, a legitimidade ou a ilegitimidade de uma dada lei depende da confirmação de um prognóstico fixado pelo legislador ou da provável verificação de um dado evento. Não se cuida de examinar *como* o Poder Legislativo examinou os fatos legislativos (controle de processo), mas *o que*, efetivamente, ele constatou (controle de resultado).

O autor destaca que, de acordo com a doutrina alemã, quando a prognose legislativa se revela falha de início (*im Ansatz verfehlt*) resta ensejada a nulidade da lei. Por outro lado, quando se cuida de um erro de prognóstico que só pode ser constatado *a posteriori*, após uma continuada ação da lei, tal equívoco é considerado irrelevante, desde que seja parte de uma decisão regular ou obrigatória. Não obstante, o legislador deverá envidar os esforços necessários para superar o estado de inconstitucionalidade com a presteza necessária. Ressalte-se, pois, que as falhas de prognoses legislativas fundamentadas em essencialismos são identificáveis *a priori* e, portanto, revelam uma falha técnica muito severa.

No entanto, por mais precisa que seja a técnica legislativa, o processo de criação de regras prescritivas – direcionadas a influenciar comportamentos – sempre acarreta algum tipo de generalização. Freqüentemente, casos particulares são tomados como paradigmas no alcance de metas e na eliminação de males.

Segundo Schauer (1991, p. 32), a justificação da regra é o objetivo que ela se propõe a realizar. O autor afirma que a justificação determina quais propriedades do caso paradigmático serão relevantes em sua abstração, para que se indique o predicado fático de uma lei efetiva. Schauer (1999, p. 25-31) exemplifica o modo de formação das leis a partir da regra “proibida a entrada de cachorros em restaurantes”.

Suponha-se que, no passado, um cão negro tenha pulado, latido e corrido no interior de um restaurante. Por ter causado extrema irritação aos fregueses do estabelecimento, esse episódio foi considerado um paradigma de comportamento a ser evitado. Através da observação do caso particular, buscaram-se, então, as propriedades do fato que poderiam ser generalizadas em uma regra cuja justificação fosse atendida pelos referenciais escolhidos.

Generalizações feitas a partir da cor negra do animal não fariam, por exemplo, qualquer sentido. Afirmar que tudo que é negro não pode ingressar no restaurante não seria uma boa regra, pois tal cor não tem relação estreita com o que se deseja evitar: pulos, latidos e corridas. Inexiste causação probabilística relevante entre ter a cor negra e criar desordem no restaurante.

Um cachorro marrom poderia provocar o mesmo mal-estar e um sapato negro não traria qualquer incômodo decorrente de sua cor. Em vez de generalizar a cor negra no predicado fático da regra, é mais razoável tomar o elemento ‘ser cachorro’ na construção da norma. Assim, a regra continua fazendo sentido, mesmo que o caso específico que lhe deu origem seja olvidado por todos.

No entanto, nem mesmo a categoria ‘ser cachorro em um restaurante’ traduz uma condição suficiente e inequívoca para a materialização da justificação da regra. Afinal, os cachorros não são os únicos a se comportarem de modo importuno. Crianças e outros animais poderiam ocasionar igual transtorno. Ademais, cachorros bem treinados são capazes de exemplar disciplina. Destarte, a regra ‘proibida a entrada de cachorros no restaurante’ é, a um só tempo, sobreinclusiva e subinclusiva.

Chama-se sobreinclusiva a regra cujo predicado fático envolve casos que não geram a consequência prevista na justificação da regra. Outro exemplo de sobreinclusão dado por Schauer (1991, p. 32) é a proibição de consumo de bebidas alcoólicas por menores de vinte e um anos, visto que nem todos os menores usam a bebida de forma irresponsável. Em

contrapartida, tal predicado fático também é subinclusivo, pois deixa de considerar certos casos práticos abraçados pela justificação da regra, uma vez que alguns maiores de vinte e um anos não sabem fazer o uso responsável das bebidas alcoólicas.

Schauer (1991, p. 34) indica que, por mais cuidadosas que sejam as generalizações legais, elas continuarão sendo atual ou potencialmente sobreinclusivas ou subinclusivas. A delimitação de um entendimento no tempo é um obstáculo insuperável na previsão das contingências que afetam as relações de causa e efeito. Mesmo quando se supõe que um predicado fático aponta uma verdade universal, alguns casos particulares não antecipados poderão tornar a generalização falha.

Quando o predicado fático e a justificação estão harmonizados e indicam um único resultado não há controvérsias. Todavia, quando eles apontam para resultados distintos, ocorrem conflitos capazes de gerar dúvidas na aplicação das leis, os quais Schauer (1991, p. 39) chama de ‘experiências recalcitrantes’. Devido a seu caráter probabilístico, as generalizações prescritivas permitem que alguns casos que fogem às estatísticas não recebam da lei o tratamento apropriado.

Ainda que uma generalização seja, de fato, atualmente universal, no futuro, ela será sobreinclusiva ou subinclusiva em função do surgimento de um novo caso não antecipado no momento da delimitação do predicado fático. O aplicador legal terá de escolher entre aplicar o resultado gerado pelo predicado fático escolhido ou aplicar o resultado pretendido por sua justificação.

Ainda de acordo com Schauer (1991, p. 45), as generalizações prescritivas das leis devem ser ‘entrincheiradas’ (*entrenched*), de modo a oferecerem alguma resistência às exigências da justificação legal. Para que se construa uma regra, é necessário que a generalização contida nela forneça uma razão independente para as decisões. Tal capacidade de resistência não tem de ser absoluta.

As ‘experiências recalcitrantes’, podem ser resolvidas por meio de novas generalizações que especifiquem mais claramente as condições de aplicação das regras. Evidentemente, a nova condição introduzida deve ser relevante com relação à justificação da regra. Assim, tendo em vista o rigoroso adestramento a que são submetidos os cães-guia, por exemplo, pode-se estabelecer que, ‘a não ser que o cachorro exerça a função de guia para cego, seu ingresso é proibido em restaurantes’.

No entanto, diante das evidentes falhas que leis pautadas em identidades – individuais ou grupais – possam trazer, o critério das situações contingentes apresenta maior legitimidade por já se reportar àquilo que deseja sanar. Destarte, evita-se a proliferação de leis com

conteúdo análogo para diferentes grupos e se evita que as leis definidoras de ações afirmativas tenham de ser constantemente alteradas com o passar do tempo. Afinal, a proteção contra situações de hipossuficiência não pode ser uma preocupação temporária do Poder Público.

Uma vez estabelecido o critério da situação contingente, é inescusável descobrir formas de fazer com que essa perspectiva não se transforme em um novo tipo de universalismo cego às diferenças. É preciso que tal parâmetro ofereça meios de combater as formas inexplícitas de discriminação, e que também não despreze as vulnerabilidades dos grupos nas demandas judiciais em que eles necessitem da inversão do ônus da prova da agressão aos seus direitos.

As discriminações indiretas, bem como as inexplícitas, para existirem, precisam de algum critério que sirva de pretexto para rejeitar um determinado grupo construído a partir de uma característica identitária. Uma das maneiras de se descobrir a discriminação institucional, por exemplo, é perceber como decisões e leis afetam estatisticamente certa categoria de indivíduos.

De acordo com o critério da situação contingente, para combater esses tipos de discriminação basta identificar qual o critério descabido utilizado para excluir a categoria massivamente prejudicada. Uma vez identificado, tal critério tem de ser completamente afastado, para beneficiar todos aqueles que, de alguma maneira são depreciados por ele. No direito do trabalho, por exemplo, a figura da exigência da *qualificação ocupacional de boa fé* afasta a discriminação ilegítima.

Pouco importa que uma dada sobrequalificação afete mais um grupo identitário do que outro. Encontrada uma exigência descabida, ela deve ser afastada e beneficiar a quem quer que seja afliido por ela. Todo requisito que não seja estritamente necessário deve ser considerado pejorativamente discriminatório.

Tome-se por exemplo a hipotética situação em que a estatura de um candidato a um posto de trabalho figura como requisito de admissão em uma função para a qual é dispensável. Nesse caso, para a promoção da eqüidade, não se deve encontrar um novo gabarito de estatura exclusivo para as mulheres, visto que são, em média, mais baixas que os homens. Deve-se dar fim à exigência como um todo, posto que ela também discrimina infundadamente os homens baixos.

Desta forma, o melhor atendimento da face negativa do princípio da igualdade reduz a carência por discriminações positivas para grupos que se encontram em posições subalternas. No entanto, esse tipo de postura não é suficiente para pôr fim a todas as formas de

subalternidade. Faz-se necessária a dimensão positiva do princípio da igualdade, cujo mandamento é precisamente o agir e não o abster-se na direção do atendimento à dignidade.

### **2.3.1 O critério da situação contingente diante de competições**

Apesar de exigir uma maior complexidade em sua concretização, o critério da situação contingente também é capaz de proporcionar soluções para as conjunturas em que se tem de conferir benefícios. Diferentemente da simplicidade de aplicação nas abstenções de exigências, para a concessão de benefícios, esse critério dependeria de um robusto suporte estatal que viabilizasse a verificação das situações de hipossuficiência dos potenciais beneficiários das ações afirmativas.

É válido ressaltar, no entanto, que a edificação do referido suporte não se confunde com as amplas reformas estruturais em áreas como saúde, educação<sup>50</sup> e planejamento urbano. Trata-se de uma construção útil tanto para os Estados em que os aspectos mencionados são precários quanto para aqueles em que se atingiu um grau satisfatório de desenvolvimento.

Mais precisamente, sugere-se a criação de órgãos de natureza jurídico-administrativa concebidos para investigar os contextos sociais, econômicos e culturais em que se inserem indivíduos aparentemente necessitados de ações afirmativas. A composição de tão robustas unidades abrangeeria profissionais de diversas áreas, sobre cujos trabalhos interdisciplinares convergiriam juristas, psicólogos, sociólogos, economistas, médicos e tantos outros especialistas.

Tais órgãos funcionariam da seguinte forma: um indivíduo, ao sentir-se lesado diante de algum contexto social, solicitaria um atestado da condição opressora vivida. Nenhuma característica identitária seria, por si, determinante da concessão do documento. Uma vez provocado o órgão, teria início uma investigação dos motivos alegados pelo indivíduo.

Caso fosse depreendida a necessidade de algum benefício, lavrar-se-ia um atestado, indicando o tipo e o grau da hipossuficiência suscitada. Assim, seria verificada a suportabilidade de diferentes ônus pelo requerente. Um indivíduo com dificuldades de locomoção severas – decorridas de sua compleição física, dos desgastes da idade, de procedimentos cirúrgicos ou de qualquer outro fator – receberia, por exemplo, um atestado

---

<sup>50</sup> Ao mesmo tempo em que é necessário, por exemplo, investir na educação básica pública, não se pode deixar que os indivíduos que tiveram sua formação acadêmica limitada pela prestação de um mau ensino público sejam privados atualmente de gozar da devida inclusão social.

com conteúdo diverso do requerido por aquele com uma dificuldade moderada. Conseqüentemente, cada um dos indivíduos faria jus a ajustes práticos distintos, como a preferência de estacionamento em proximidades distintas de um estabelecimento.

O documento teria a validade limitada no tempo. Enquanto ele vigesse, o indivíduo poderia beneficiar-se de quaisquer ações afirmativas concebidas para contornar sua hipossuficiência, inclusive aquelas de caráter preventivo, como, por exemplo, a inversão do ônus da prova em feitos judiciais e desvios de pontuação em processos seletivos para a admissão em escolas e postos de trabalho. Não é demasiado destacar, entretanto, que tais medidas teriam de guardar estreita relação com a situação experimentada pelo indivíduo, não podendo ser interpretada como um amparo abstrato que lhe servisse para propósitos desconexos.

Passada a validade do documento probatório da desvantagem, seria possível o pedido de sua renovação, diante do qual nova investigação verificaria a suficiência dos eventuais benefícios gozados no intervalo anterior para suprir as necessidades apresentadas. Caso não houvessem bastado, inexistiriam óbices à continuidade dos desvios de tratamento.

A fim de se visualizar tal mecanismo, suponha-se que alguém faça dupla jornada de trabalho, cuidando do lar e assumindo trabalhos remunerados fora dele. Sendo homem ou mulher, o indivíduo teria de provocar um órgão que investigasse sua exclusão social, para demonstrar a necessidade de aposentar-se após um tempo de contribuição previdenciária menor do que o médio. A concessão do benefício seria condicionada à investigação da rotina pregressa do indivíduo e do acompanhamento de sua vida laboral até a data em que iniciasse o gozo da aposentadoria. Realidades diferentes ensejariam, pois, ações diferentes.

Não somente as questões de gênero seriam afetadas. Até mesmo a questão da deficiência sofreria os reflexos desse novo critério. Assim, dois indivíduos, um com cegueira congênita e outro com cegueira adquirida na fase adulta, receberiam tratamentos diversos a depender do contexto de vida em que se encontrassem<sup>51</sup>. Até mesmo dois cegos congênitos

---

<sup>51</sup> Geralmente, o desenvolvimento cognitivo de indivíduos cegos desde o nascimento não é tão rápido quanto o de videntes (AMIRALIAN, 1997, p. 43). Portanto, ao alcançarem os requisitos mínimos em seleções para o ingresso em instituições de ensino, aqueles menos avançados necessitam de desvios no seu padrão de avaliação, a fim de que se tornem mais competitivos com os demais. Diante do progresso na adequação à ausência do sentido, essa necessidade diminui. O cego tardio, por outro lado, tem necessidades distintas. Em termos gerais, não se depara com óbices ao seu desenvolvimento prévio. Apesar da manutenção de referências visuais, a inadaptação à nova restrição fá-lo carente de ajuda para a execução de tarefas antes autônomas e exige maiores esforços para novas cognições, como a leitura e a orientação espacial. Até a conclusão de seu período de adaptação, a satisfatoriamente de seus desempenhos em atividades aprendidas posteriormente à aquisição da cegueira teria de receber maior reconhecimento do que receberiam antes.

poderiam receber incentivos diferentes, segundo suas respostas à educação especializada e sua inclusão no meio em que vivem.

Também as questões raciais teriam sua disciplina modificada. Não se deve considerar que discriminações ilegítimas sobre um grupo étnico tenham o inabalável poder de determinar a baixa auto-estima de um indivíduo pertencente a ele. Outros fatores podem reforçar ou amenizar os efeitos discriminatórios.

Segundo o critério da situação contingente, para que, por exemplo, destinem-se desvios de avaliação intelectual sobre um indivíduo negro por motivo da etnia, é fundamental avaliar, psicologicamente, como e em que medida sua cognição foi prejudicada em virtude das discriminações raciais vividas. Qualquer benefício conferido a um indivíduo em razão da exclusão racial haveria de ser destinado não apenas aqueles de cor negra, mas aos representantes de qualquer etnia que, contextualmente, fossem privados de direitos em virtude de sua raça.

O foco da ação afirmativa não seria a proteção de uma raça específica, mas a preservação ou reestruturação da auto-estima individual. Com isso, tratamentos equiparadores teriam que beneficiar também indivíduos que sofreram, ao longo da vida, intimidações e desprezos não só devidos à raça, mas por outros motivos igualmente capazes de afetar a sua autopercepção, como, por exemplo, provocações relacionadas ao sobrepeso (MELLO; CARAMASCHI, 2010, p. 125).

Todas essas considerações, por serem gerais, não devem ser tomadas como referência absoluta na determinação de auxílios. As situações fáticas teriam sempre de ser investigadas para a concessão de benefícios. É imperioso ressaltar que o critério da situação contingente exige que situações análogas recebam tratamentos análogos. A previsão de equilíbrio de uma situação em especial não pode afastar outra de natureza similar. Como já mencionado, se a baixa auto-estima de um negro é considerada merecedora de amparo, a do obeso também haveria de ser. A situação em tela seria a baixa auto-estima gerada pelo rechaço social sobre uma característica física.

Igualmente relevante seria a mesma valorização individual a ser dada sobre preceitos morais ou religiosos. Se, de um lado, aceita-se que um exame físico de concurso público marcado para um sábado possa ser reagendado para outro dia em virtude das obrigações religiosas de um adventista<sup>52</sup>, também será legítimo reagendar a prova de um ateu que

---

<sup>52</sup> Decisão nesse sentido foi tomada pelo Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região: “ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA OFICIAL. DIREITO DE PRESTAR PROVA FÍSICA DE CONCURSO EM DIA DIVERSO DO DETERMINADO. LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA. 1.

somente naquele dia da semana tenha a oportunidade de estar com seus filhos. O objeto protegido pela medida não pode ser a existência da religião, mas a integridade psicológica do indivíduo diante de um bem extremamente valorado. No último caso, trata-se da unidade da família.

A privação de um momento familiar pode representar para o ateu o mesmo pesar que o desrespeito a uma conduta sagrada para um religioso. Em entendimento semelhante ao esboçado, tribunais têm equiparado as lojas maçônicas aos templos, no afã de conferir-lhes a isenção de impostos<sup>53</sup>.

A fim de se promover a eqüidade, os contextos circunstanciais devem ser cuidadosamente delimitados. Qualquer exame unidimensional será insuficiente para vencer a situação de hipossuficiência que se deseja combater. No caso, por exemplo, de se conceberem ações afirmativas para auxiliar os egressos de escolas públicas na realização do objetivo de estudarem em universidades, tem-se de levar em conta não apenas o fato de os pré-universitários serem ex-alunos da rede pública, mas também deve ser avaliado se o educandário onde se formaram tem realmente uma qualidade de ensino inferior à esperada, que justifique um desvio do padrão regular de avaliação.

Ademais, os beneficiários não poderiam ter acesso a outros meios de educação formal que lhes permitisse sobrepujar o déficit educacional experimentado. Do contrário, violar-se-ia a intenção da ação afirmativa de prestar auxílio àqueles que tiveram uma educação deficitária.

A competição entre os indivíduos pelos bens sociais escassos não envolve apenas o exame de desempenhos que garantam a aptidão ou a inaptidão para tarefas. Cria-se uma escala de preferência segundo as sobrequalificações individuais. Nem todos os indivíduos capacitados para determinada atividade tem acesso a uma sobrequalificação. Diante disso, é necessário aproveitar os menos qualificados para o exercício de funções que possam realizar.

---

Tratando-se de prova física, sem necessidade de sigilo ou simultaneidade, não há prejuízo ao interesse público, nem ao procedimento do concurso, se por força de liminar a impetrante realizou a prova em momento não conflitante com sua crença religiosa, por pertencer a Igreja Adventista do Sétimo Dia, que tem o sábado como dia de guarda [...]” (Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região, 9256 RS 95.04.09256-0, Relator: Silvia Maria Gonçalves Goraieb, Quarta Turma, DJU 24 jan. 1996, p. 2506).

<sup>53</sup> O TJDF declarou a imunidade tributária de Loja Maçônica com base no artigo 150, inciso VI, alínea b, da Constituição Federal, segundo o qual é vedado instituir impostos sobre templos de qualquer culto: “EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - IPTU - MAÇONARIA - IMUNIDADE TRIBUTÁRIA - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 8º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 363/2001. 1. A maçonaria é uma religião, no sentido estrito do vocábulo, isto é na ‘harmonização da criatura ao criador. é religião maior e universal’” (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, APC 20030150093525, Relator: Asdrubal Nascimento Lima, 5<sup>a</sup> Turma Cível, DJ 24 jun. 2004, p. 64).

Competições são, antes de tudo, comparações que pressupõem parâmetros. Parece razoável que haja cotas reservadas para que indivíduos sob semelhantes circunstâncias de opressão possam disputar entre si a ocupação de postos de trabalho e cadeiras escolares. Todavia, a pluralidade de situações que exigem diferentes ajustes levaria a uma multiplicação de cotas tão perigosa quanto aquelas apoiadas em características identitárias.

Mesmo quando pautadas no critério da situação contingente, as cotas não permitem a acessibilidade aos bens sociais escassos para os indivíduos enquanto tais. Elas visam à acessibilidade dos indivíduos enquanto pertencentes a uma determinada categoria, cujo acesso é garantido desde que se apresentem representantes minimamente qualificados. Isso significa que não se trata de *possibilitar* o ingresso de uma categoria em universidades ou empregos, mas de *assegurar* sua entrada. Sob uma lógica grupal, é inconcebível que se garanta o acesso a um grupo, e não a outro que vive uma situação diferente, mas também merecedora de cuidados especiais.

As ações afirmativas, ao terem o foco sobre a igualdade material, devem estar centradas no valor dos indivíduos e não de algum dos grupos a que ele pertença. Em competições por postos de trabalho, por exemplo, os desvios no padrão de avaliação são mais inclusivos do que as cotas, pois, a depender da forma como sejam implementados, possibilitam que até mesmo todas as vagas disponíveis sejam preenchidas por indivíduos carentes de alguma medida especial.

Uma vez atendidos os requisitos mínimos para o exercício de uma função, a pontuação classificatória do indivíduo deve ser incrementada para que ele alcance a competitividade com os demais. Suponha-se, dessa forma, que, em virtude de uma má qualidade de educação, todos os egressos de uma determinada escola pública tenham dificuldade de atingir o requisito mínimo em um teste de conhecimentos utilizado como instrumento de avaliação para admissão em uma indústria. Se um desses indivíduos alcançasse pelo menos a pontuação mínima exigida no teste, caber-lhe-ia uma bonificação calculada sobre a medida do déficit de sua instituição de ensino, de forma a poder ser realmente competitivo.

A realidade brasileira oferece alguns exemplos de ações afirmativas baseadas na bonificação. Em 2006, a Universidade de São Paulo – USP lançou o sistema de bonificação em seu vestibular. Apesar de não beneficiar grupos definidos de acordo com as situações vivenciadas por seus membros, o modelo utilizado serve de referência para a operacionalidade de medidas nos moldes ora sugeridos. Trata-se de ação afirmativa estabelecida a fim de permitir aos egressos do ensino público o acesso às universidades. Para

usufruir do benefício, basta ter estudado o Ensino Médio em escola pública e indicar na ficha de inscrição a opção de participar do programa. Nenhum outro elemento é investigado (MARTINS, 2011).

São atendidos pelo sistema do Programa de Inclusão Social da USP (Inclusp) os alunos que cursam ou cursaram o ensino médio integralmente em escola pública federal, estadual ou municipal. Ele oferece um acréscimo de até 8% sobre a nota que o candidato alcançar no processo seletivo. Junto ao Inclusp, há o Programa de Avaliação Seriada da USP (Pasusp), que confere ainda mais um bônus aos alunos que também cursaram o ensino fundamental inteiro na rede pública.

Somando-se os dois programas, o bônus pode chegar a 15% do total da nota alcançada. Com o acréscimo, em 2009, cerca de 30% dos candidatos oriundos de escolas públicas foram aprovados. Ações afirmativas dependentes de investigação social também não são estranhas à prática universitária. A Universidade Federal da Paraíba, por exemplo, oferece a Bolsa Restaurante Universitário a estudantes de famílias de baixa renda. A Agência de Notícias (2008) da UFPB divulgou que além da comprovação documental da renda, a concessão do benefício pela Coordenação de Assistência e Promoção Estudantil – COAPE depende de posterior avaliação resultante de visita domiciliar ao candidato.

Embora os exemplos oferecidos remetam somente a correções de realidades econômicas dos grupos vulneráveis, é possível mesclar seus mecanismos e adaptá-los a uma bonificação decorrente da investigação dos efeitos psicológicos da deficiência de reconhecimento cultural. Indubitavelmente, a exclusão cultural e a econômica são fenômenos distintos e devem receber soluções distintas. Medidas de equiparação econômica são insuficientes para solucionar, de pronto, os problemas culturais. A questão da subordinação deve ser avaliada em cada caso concreto, através do trabalho de sociólogos, antropólogos e psicólogos.

Tamanha interdisciplinaridade é, em boa medida, conciliada pelo caráter sociopolítico, crítico e intervencivo do Serviço Social. Embora essa carreira tenha surgido através de um perfil paternalista de ação como forma de manutenção do *status* de dominação da burguesia sobre o proletariado, ela assumiu outro significado, ancorado na defesa dos direitos humanos. O amparo prático à dignidade é o objetivo mais imediato do assistente social, cujo trabalho tem de ser ampliado e revigorado, a fim de contribuir para a adoção do critério das situações contingentes como o delimitador exclusivo de medidas de igualação positiva. A maior contribuição do assistente social é inclinar-se sobre a adequação da proteção legal aos problemas individuais (IAMAMOTO, 2004, p. 20-21).

Ações afirmativas baseadas no exame das situações contingentes seriam ainda mais eficientes caso houvesse uma unificação dos sistemas de avaliação da educação e da mão-de-obra, de maneira que os atestados lavrados tivessem uma ampla aceitação em diversos processos seletivos. Nesse sentido, em 2009, o Governo Federal brasileiro formulou o objetivo de transformar o Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM em um vestibular nacional.

Um número crescente de universidades públicas tem adotado o ENEM em substituição aos seus vestibulares institucionais, ou como parte integrante deles. Ao passo que as universidades públicas, por receio de perderem sua autonomia, relutam em admitir que o ENEM substitua completamente os próprios processos seletivos, as universidades particulares o aceitam devido ao oferecimento de incentivos fiscais pelo Governo. Entre outros benefícios, a unificação das provas permite que um mesmo candidato possa disputar os vestibulares de diversas regiões do país sem que para isso tenha de arcar com os dispendiosos custos de viagens para diferentes estados (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, 2010, p. 155).

Embora as referidas modalidades de ação afirmativa se apliquem ao âmbito educacional, elas podem ser adaptadas para a área do trabalho. O sistema de bonificação poderia ser utilizado inclusive quando atributos físicos fossem utilizados para classificações em seleção de mão-de-obra. Destarte, caso, durante a realização do teste físico, o indivíduo atendesse aos requisitos mínimos exigidos, sua pontuação poderia ser bonificada com base nas dificuldades que sua composição física lhe oferecesse para o alcance do resultado esperado. Não se trataria de avaliar grosseiramente a idade, ou o sexo, mas de oferecer ajuste às reais dificuldades de cada indivíduo, segundo a unicidade de sua compleição corporal.

As linhas gerais ora traçadas para a operacionalidade do critério das situações contingentes não têm a finalidade de detalhar todos os métodos de desvios de pontuação para todas as imagináveis situações de hipossuficiência. Tal tarefa é complexa e exige uma ampla interdisciplinaridade, cuja realização, além de conhecimentos técnicos, exigiria vários ajustes experimentais. Lança-se, somente, um conceito capaz de harmonizar os pleitos de diferentes grupos. Embora possam falhar, as tentativas de implementá-lo representam uma persecução mais plural do princípio da igualdade.

Destaque-se que as sugestões construídas não ignoram a necessidade de se verificarem os *prima facie cases*. No entanto, em vez de se pautarem em características identitárias, essas constatações visariam beneficiar os indivíduos que, previamente, já

tivessem provocado o órgão investigativo para atestar determinada hipossuficiência. Diante de disputas judiciais, as presunções *juris tantum* valeriam para os portadores de tais documentos quando a querela se estabelecesse em torno de assunto conexo com a situação de subordinação.

Assim, não se solidificariam estigmas. Buscar-se-ia, somente, viabilizar que aqueles que provocassem o Poder Público pudessem ser auxiliados no vencimento de opressões reais. A maior parte das ações afirmativas hodiernas já necessita de alguma provocação para ser realizada. No caso das cotas raciais, por exemplo, é necessário declarar-se negro ou manifestar a vontade de participar do programa de seleção reservado aos afrodescendentes. O princípio da inércia também está presente na Teoria Geral do Processo Civil. “A jurisdição, diz-se, é uma função inerte que só se põe em movimento quando ativada por aquele que invoca a proteção jurisdicional do Estado” (SILVA, O. 2002, p. 62).

O modelo de ação afirmativa sugerido visa combater os desvios principiológicos realizados durante o processo de especificação do sujeito de direito. Dessa forma, todo indivíduo teria igual oportunidade de ser especificado e assistido de acordo com suas necessidades, independentemente do grupo identitário a que pertencesse.

Atualmente, as ações afirmativas são muito tímidas na realização de seus objetivos. É preciso conceber medidas mais fortes e invasivas. Essa timidez pode ser visualizada na ingerência estatal em empresas privadas<sup>54</sup> sobre as quais as ações afirmativas costumam darse sob a forma de cotas. Além de oferecerem percentuais modestos para os grupos vulneráveis, as cotas restringem o benefício a poucas categorias. Afinal, existe grande diferença entre se dispor a reparar, por exemplo, todas as discriminações pejorativas em virtude da raça e se dedicar a reparar somente aquelas que prejudicam alguns poucos e determinados grupos étnicos, como negros e indígenas, deixando de lado os raros casos em que alguém que não pertence a eles sofre com o mesmo mal. Tem-se, portanto, de estender o universo de atendidos.

Além de ser utilizado no âmbito estritamente público, o critério das situações contingentes pode operar a partir de determinações do Poder Público sobre o setor privado. A fim de contornar os preconceitos e estereótipos cultivados na sociedade, os Governos poderiam realizar impessoais seleções de mão-de-obra – nos moldes dos concursos públicos

---

<sup>54</sup> O artigo 93 da lei brasileira de número 8.213/1991 prevê, por exemplo, que a empresa com cem ou mais empregados está obrigada a preencher apenas de dois por cento a cinco por cento dos seus cargos com indivíduos com deficiência habilitados para o trabalho.

– e, posteriormente, distribuir os trabalhadores nos vários níveis hierárquicos das empresas segundo as especificações requeridas por elas.

Um percentual dos cargos teria de ser preenchido não por algum grupo em especial, mas pelos aprovados no cadastro de reserva organizado por um suposto órgão jurídico-administrativo responsável. A depender da situação vivida, os candidatos, classificados segundo suas qualificações, beneficiar-se-iam por ações afirmativas pautadas em um sistema único que conferisse bonificações sobre as pontuações alcançadas na seleção universal.

Caso, por exemplo, uma lei determinasse que quarenta por cento dos cargos de uma empresa com mais de mil funcionários devesse ser preenchido através da seleção realizada pelo governo, nesse percentual, incluir-se-iam indivíduos necessitados de auxílio por diversas hipossuficiências, como a baixa auto-estima proveniente de práticas racistas, as restrições em virtude do gênero, ou as deficiências educacionais decorrentes de limitações sensoriais do candidato à vaga.

Por outro lado, a dita reserva também possibilitaria o ingresso dos indivíduos cuja pontuação fosse alta o bastante para ultrapassar aquelas bonificadas. Com isso, restaria garantida a *acessibilidade* de qualquer candidato, e a maior parte dos postos de trabalho da empresa ficariam sob seus próprios critérios de preenchimento, desde que não ostentassem parâmetros pejorativamente discriminatórios.

Decerto, uma ação afirmativa unificada para diversas formas e graus de hipossuficiência apresenta demasiados problemas de execução. O principal deles é encontrar os denominadores comuns na quantificação dos bônus direcionados a sanar exclusões distintas. Para tanto, o trabalho multidisciplinar dos órgãos sugeridos tem de encontrar respostas para questões complexas como a de determinar, por exemplo, sob que circunstâncias um cego mereceria exatamente os mesmos desvios que um negro na bonificação de suas pontuações classificatórias. É inegável que possa haver sérias falhas na implementação dessa modalidade de ação afirmativa. No entanto, somente com a prática, ela poderia ser ajustada.

Por outro lado, é igualmente verdadeira a asserção de que ações afirmativas baseadas em identidades também são extremamente falhas. Por melhores que sejam suas intenções, a redução dos auxílios em virtude da estrita observação do pertencimento a um grupo equivale a negar a concretude de cada indivíduo e, consequentemente, o seu valor. A troca do critério identitário pelo da contingência significa, ao fim, substituir problemas de instrumentalização decorrentes do desrespeito ao princípio da individualidade por outros de ordem estritamente prática, que não envolvem distorções principiológicas e, por isso, são menos graves.

De qualquer modo, dificilmente as medidas destinadas à promover a eqüidade prejudicariam as empresas que as adotassem. A exigência da qualificação mínima necessária para o adequado desempenho de atividades evita que as ações afirmativas inclinadas a desvios de classificação em seleções meritocráticas comprometam a qualidade dos serviços profissionais prestados. Pesquisas<sup>55</sup> apontam que, no âmbito educacional, a performance dos beneficiários de ações afirmativas é, em média, tão boa quanto a daqueles que prescindiram delas.

### **2.3.2 Ações afirmativas entre o valor e o mérito**

A adoção de ações afirmativas em empregos e universidades não abandona os conceitos de qualificação ou habilitação tão ligados ao mérito. Contudo, ao lado deles, busca-se a promoção de um atendimento mais uniforme das necessidades de acordo com as situações vividas por cada indivíduo.

Segundo Nieli (1991, p. 102), mesmo que a competência e a habilidade devam ser os principais elementos a serem considerados na maior parte das contratações empregatícias, o incentivo a pequenos desvios do princípio meritocrático não contraria a demanda da eficiência econômica. É lícito realizá-lo com vistas a dar alguma preferência aos mais necessitados de um trabalho ou àqueles para quem uma dada posição representaria um maior avanço na escala econômica<sup>56</sup>.

Fuchs (1990, p. 452) sugeriu que a natureza do trabalho para o qual se direciona a ação afirmativa é relevante para a aplicação dessa preferência. Segundo ele, ações afirmativas destinadas a ocupações que requeiram um exato conjunto de critérios objetivos para testes na determinação do mérito, como pilotos da marinha ou bailarinos clássicos, são necessariamente limitadas a recrutamentos especiais e esforços de treinamento.

<sup>55</sup> A respeito dos beneficiários de ações afirmativas, na Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, até 2007, os egressos da rede pública apresentaram rendimento médio de 6,56 e os negros, de 6,41. Entre os demais estudantes a média foi de 6,37. A aprovação dos beneficiários das ações afirmativas foi de 83,15%, contra 81,2% dos demais alunos da instituição. Na Universidade de Brasília – UnB, 92,9% dos cotistas foram aprovados desde 2004, quando a política de cotas raciais foi instituída. O índice para os demais universitários foi de 88,9%. A nota média dos cotistas foi de 3,79, contra 3,57 dos demais – na UnB a nota é de 0 a 5 (NEVES, 2010).

<sup>56</sup> Trata-se, portanto, de uma aplicação do princípio da utilidade marginal decrescente, segundo o qual quantidades sucessivas de um bem geram acréscimos de satisfação progressivamente menores (WALRAS, 1996, p. 100). Ou seja, quanto melhor a condição econômica familiar de um candidato a uma vaga na universidade ou no mercado de trabalho, menores vão ser os ganhos sentidos pelo sucesso na disputa. No contexto apresentado, contudo, o principal objetivo não é simplesmente provocar um acréscimo numericamente quantificável da

Para o autor, os mencionados trabalhos se diferenciam daqueles pertencentes a um outro conjunto, que requerem apenas qualificações básicas. Assim, alcançadas essas qualificações, seria legítimo considerar um atributo alheio à execução do trabalho como critério de avaliação em prol da inclusão social ao se contratarem bombeiros, maquinistas e trabalhadores dedicados a outras profissões do segundo grupo.

A distinção entre essas duas classes de atividade profissional, no entanto, parece improcedente, pois todas as funções requerem qualificações básicas. Algumas exigem somente qualificações mínimas mais complexas do que outras. Isso significa que qualquer carreira pode sofrer a incidência de ações afirmativas, desde que as medidas especiais não ignorem as capacidades demandadas por ela. Ademais, defender a existência de categorias profissionais em que haja tal diferença de aplicabilidade para as ações afirmativas não traz qualquer vislumbre de vencimento das subordinações econômicas existentes na sociedade, haja vista as carreiras que demandam qualificações mais baixas serem, em média, menos remuneradas que aquelas que exigem uma formação mais esmerada.

A discussão levantada permite a clara percepção de que o tema das ações afirmativas educacionais e trabalhistas permeia inevitavelmente a questão do mérito. Diante da polissemia desta última palavra é fundamental que se lhe delimite um sentido. Hayek (2006, p. 130), ao discorrer sobre as distinções entre ‘mérito’ e ‘valor’, destaca que o primeiro termo corresponde ao esforço subjetivo empreendido no sentido de se alcançar um fim, e que o segundo, por sua vez, significa a importância que se dá a algo pelos benefícios que possa trazer, independentemente da forma como foi concebido. Assim, costuma-se chamar de ‘mérito’ o que Hayek denomina ‘valor’.

O autor afirma que o valor que a capacidade ou a atuação de um indivíduo tem para seus semelhantes não se encontra necessariamente relacionado ao mérito que possa descobrir-se nisso. Os dons de nascimento, assim como os que podem ser adquiridos, têm um valor independente de qualquer crédito devido pela maneira como foram conseguidos (HAYEK, 2006, p. 131-132).

Com razão, o economista austríaco adverte que uma boa inteligência ou uma magnífica voz são, em grande medida, tão independentes do mérito individual quanto das oportunidades ou experiências vividas. O benefício que a capacidade ou os serviços de alguém promove para os outros relaciona-se mais com o que se chama de valor do que com aquilo chamado de mérito. O mérito não se deduz do objetivo de um ato, senão do esforço

subjetivo. Ele não pode ser medido pelos resultados. O intento de um resultado valioso pode ser muito meritório, apesar de seu completo fracasso.

A avaliação do mérito pressupõe que seja possível proceder-se a uma certificação de que um indivíduo realizou o que determinadas regras de conduta aceitas lhe pediam a um custo de certo esforço e empenho. Segundo Hayek, tal certificação é raramente conseguida com algum grau de segurança. Ela só é possível quando, no momento em que um indivíduo realiza uma tarefa, conhece-se precisamente o grau de destreza e segurança de que ele dispõe, a partir de seu estado mental e dos seus sentimentos, de sua capacidade de reflexão, de sua energia e perseverança, entre tantos outros fatores.

A decisão de se seguir um propósito vem acompanhada de inafastáveis incertezas. Assim, o autor asserta que os resultados que se esperam devem vir marcados de acordo com seu valor. Se a remuneração não correspondesse ao valor que tem para os demais, os resultados dos esforços individuais careceriam de base para decidir se a persecução de um objeto determinado é merecedora do esforço e risco que pressupõem. Não se deseja que os indivíduos obtenham o máximo de mérito, senão que consigam a máxima utilidade com o mínimo de sacrifício e esforço e, por tanto, o mínimo de mérito (HAYEK, 2006, p. 133).

A exclusiva preocupação em lograr o máximo de mérito traduzir-se-ia em recompensas diferentes por iguais serviços. Somente se pode julgar com certo grau de segurança o valor do resultado, e não a quantidade de esforço e cuidado que custou a diferentes indivíduos o feito final.

Para Hayek (2006, p. 130), todos aqueles que produzem os mesmos resultados devem receber idênticos prêmios, sem consideração alguma ao seu esforço. Conforme seus ensinamentos, aquilo que ele denomina recompensa pelo mérito corresponde à ‘justiça distributiva aristotélica’, enquanto a ‘justiça comutativa’ estaria ligada à questão do valor. A afirmação de que, se todos desfrutassem de idênticas oportunidades, produzir-se-iam resultados proporcionais aos méritos dos indivíduos seria verdadeira unicamente se a palavra ‘mérito’ fosse utilizada no sentido que ele emprega para ‘valor’, isenta de conotações morais.

Para ilustrar seu ponto de vista, ele dá o exemplo de um bem sucedido pianista, cujos grandes ganhos provêm de uma atividade que constitui seu principal prazer (HAYEK, 2006, p. 134). O autor ainda salienta que a pretensão de que todos sejam recompensados apenas pelos merecimentos de seu esforço e trabalho se baseia em uma colossal soberba, proveniente da presunção de que, em cada caso individual, é possível saber se os indivíduos utilizaram bem suas diferentes oportunidades e talentos e até que ponto são meritórios seus logros à luz da circunstância que os fizeram possíveis.

A diferença entre valor e mérito não é existente em alguma sociedade em particular, ela existe em todas as partes. Hayek (2006, p. 135) defende que tentar fazer com que as recompensas correspondam ao mérito em vez de corresponder ao valor não é uma tarefa de êxito muito improvável, pois ela destruiria os incentivos que permitem aos indivíduos decidirem por si mesmos o que devem fazer. A constante confusão entre mérito e valor faz com que se veja mérito onde, na verdade só existe um valor superior, ainda que em alguns casos a discrepância seja muito grande para não ser percebida. Dessa maneira, embora suponha pouco mérito, a boa educação a que têm acesso os integrantes de determinada categoria social tem grande valor.

Claramente se comprehende que inexiste qualquer mérito em haver nascido dentro de uma determinada comunidade e que nenhum argumento meritocrático pode apoiar-se no acidente de que um indivíduo haja nascido em um lugar e não em outro (HAYEK, 2006, p. 138). As díspares oportunidades educacionais de cada grupo humano parecem contribuir para seus papéis na sociedade, portanto, a luta pela igualdade, costuma concentrar-se em iniquidades originadas em diferenças de educação. Diante desse fato, Hayek (2006, p. 128) adverte que não há maneira de impedir que alguns gozem de maiores vantagens educacionais do que outros.

A pretensão de que as carreiras estejam abertas aos talentos indica que se removam todos os obstáculos postos pelos homens à elevação de alguns e que sejam abolidos todos os privilégios individuais, para que o Estado possa dar a todos os indivíduos iguais possibilidades de melhorar suas condições. Contudo, ela aceita, com caráter de generalidade, que, pelo fato de os homens serem diferentes e crescerem em famílias distintas, não se pode assegurar-lhes um mesmo ponto de partida. Também se prevê que os resultados de iguais educaçãoes sejam diferentes devido, entre outras razões, à própria diferença individual.

Hayek (2006, p. 129) critica duramente as políticas que visam à igualdade de resultados. Segundo o autor, a concepção de que a cada indivíduo se deva permitir provar suas faculdades foi substituída por outra, totalmente distinta, que busca assegurar a todos o mesmo ponto de partida e idênticas possibilidades de alcançar iguais posições. Para ele, isso quase equivale a dizer que o governante, em vez de proporcionar os mesmos meios a todos, deveria controlar as condições relevantes para cada indivíduo e ajustá-las para assegurar-lhe os mesmos resultados dos demais. Tal pensamento só poderia ser justificado sob a presunção de que o governante conhece melhor que todos a maneira de utilizar as aptidões individuais.

Além disso, o autor rejeita o argumento de que a meta de toda atuação política deva consistir na eliminação de todas as fontes de descontentamento (HAYEK, 2006, p. 129). Para

ele, isso significaria que o governante teria de assumir a responsabilidade de que ninguém gozasse, por exemplo, de maior saúde, ou que dispusesse de um temperamento mais alegre. Muitas das pretensões de igualdade são, na realidade, um clamor por uma distribuição mais justa dos bens sociais. Comumente, não se combate apenas a mera existência da desigualdade, mas também há censura quanto ao fato de que as recompensas não correspondem a nenhuma distinção reconhecível nos méritos daqueles que as recebem.

Hayek (2006, p. 130) rechaça o ponto de vista segundo o qual uma sociedade livre é capaz de alcançar a proporcionalidade entre recompensas e méritos morais. Ele aduz que, em um sistema livre, não é desejável nem praticável que as recompensas materiais sejam concedidas, de forma geral, para corresponder ao que se refere por mérito. A sociedade livre teria como característica essencial o fato de que a posição individual não depende necessariamente dos pontos de vista que os semelhantes mantenham acerca do mérito que o indivíduo adquiriu.

Como se pode perceber, o critério das situações contingentes encontra bastante apoio no que Hayek chama de mérito. No entanto, não se trata de recompensar os indivíduos **unicamente** por seus méritos, mas de fazer uma ponderação entre mérito e valor, na qual este último elemento, apesar de ser mais relevante, não é capaz de afastar a importância do primeiro. O fato de se exigirem qualificações mínimas pode, por exemplo, ser considerado uma ponderação de valor. Por sua vez, os eventuais desvios que se realizem após o atendimento dessa demanda mínima seriam referentes à análise dos méritos.

De fato, não é desejável que uma sociedade remunere os indivíduos com exclusiva base no mérito. Além dos motivos apresentados por Hayek, tal regime de recompensas retiraria da sociedade os incentivos para os progressos científicos e artísticos, pois em vez de incitar os indivíduos a seguirem os seus talentos, premiaria aqueles que perseguissem carreiras que lhes fossem mais difíceis e que, portanto, tivessem restritas as perspectivas de avanços.

Embora fosse desejável que se conhecessem os mais detalhados pormenores das vidas dos beneficiários de ações afirmativas construídas sobre o critério das situações contingentes, é verdadeira a observação de Hayek quanto à impossibilidade de conhecê-los precisamente em diversos aspectos como, por exemplo, o exato estado psicológico de um indivíduo ao realizar uma tarefa. Em face dessa limitação, a escolha de *certas* situações que sirvam de critério para o uso de desvios significa um contorno mais palpável do método sugerido. Tal contorno é também definido pela necessidade de provocação do poder público para as avaliações dos casos concretos, que limita a abrangência da investigação a ser realizada.

Se, por um lado, a avaliação do mérito pode significar a restrição da liberdade na medida em que condiciona o indivíduo à realização de atividades segundo o juízo alheio, por outro, o valor também depende de contextos sociais. Quando não se confere valor às atividades que um indivíduo pode oferecer, sua liberdade de gozar da plenitude da vida social também é tolhida por preferências estranhas às suas. Tem-se de certificar até que ponto os indivíduos são realmente livres para escolherem suas atividades e quão limitados eles são por circunstâncias alheias a suas vontades. Sempre que verificadas tais limitações, inexistem motivos para não se proceder às correções capazes de mitigar as barreiras impostas por elas.

Nesse ponto, cabe destacar que a análise das situações concretas, destinada a provocar desvios meritocráticos sobre os valores não afronta o princípio da impessoalidade, cujo conteúdo está intimamente ligado ao princípio da igualdade. Na verdade, o critério das situações contingentes é uma forma de aplicação dessa norma, na medida em que abandona o exame de características identitárias e passa ao exame dos contextos em que elas se inserem. Deixa-se de examinar indivíduos, para examinar situações. Afinal, o objetivo primordial da lei é a discriminação entre situações.

Sob qualquer hipótese, é vedado que condições de nascimento, características físicas natais ou adquiridas, credos e concepções culturais sejam tomadas como critérios legais para os tratamentos destinados aos indivíduos. A comum justificativa para a excepcionalidade do uso desses fatores na valorização de grupos – que *genericamente* se encontram em posição de subordinação – repousa na finalidade de afastar situações *concretas* de hipossuficiência.

Contudo, a ênfase dada às linhas de ação baseadas em identidades deixa de beneficiar aqueles indivíduos que sofreram outros tipos de violência com o poder de ocasionar abalos à autoconfiança, como, por exemplo, abusos sexuais experimentados durante a infância. Apesar de estes últimos males não poderem ser atribuídos genericamente à sociedade, eles igualmente merecem reparos, haja vista o objetivo das ações afirmativas não ser o estabelecimento de algum tipo de retribuição de moléstias, mas o favorecimento de condições para a inclusão dos indivíduos ofendidos.

Logo, nada mais razoável do que utilizar a própria contingência como critério de diferenciação, em vez de se apontarem vias oblíquas para a resolução de questões passíveis de correção direta. Decerto, os contextos influem na percepção do mérito conquistado durante a aquisição de valores pelos indivíduos. Entretanto, não é o merecimento, em si, que o critério das situações contingentes busca exaltar, mas o vencimento das limitações postas pelos cenários adversos, que inevitavelmente resulta em grande mérito.

### 3 DIREITOS EM VIRTUDE DE RAÇA, GÊNERO E COMPLEIÇÃO FÍSICA

Diante dos constantes clamores de grupos vulneráveis na articulação política de seus direitos, pode parecer árido defender o critério das situações contingentes como único delimitador legítimo de discriminações positivas. No entanto, não há outro capaz de conciliar a realização da igualdade material com as exigências da igualdade formal.

O corriqueiro processo de ‘especificação do sujeito’, tão reivindicado no direito da antidiscriminação, é cego às particularidades de cada membro da coletividade. Ao mesmo tempo em que não logra definir direitos para todos os indivíduos com necessidades iguais, confere privilégios a outros, que dispensam amparo. Através de seu apelo essencialista, ele implementa generalizações tão grosseiras quanto as que o criticado universalismo clássico leva a cabo.

Para evitar a esterilidade dos argumentos expostos, importa visualizar as distorções proporcionadas pelos essencialismos mais freqüentes nos ordenamentos jurídicos democráticos. Assim, cabe discorrer sucintamente sobre os direitos especiais conferidos por motivos relacionados à raça, ao gênero e à compleição física.

#### 3.1 RAÇA

O próprio debate sobre ações afirmativas é costumeiramente confundido com as lutas empreendidas a favor do reconhecimento da igualdade racial. Nesse panorama, ganha especial destaque a articulação pela valorização da estética e das religiões de matriz africana através dos séculos de opressão que a escravatura imprimiu sobre negros na cultura eurocêntrica ocidental.

Na maior parte das vezes, eram os próprios negros que capturavam indivíduos de tribos rivais e os vendiam aos traficantes (KAUFMANN, 2007, p. 50). A escravidão, aliás, sempre foi uma consequência bastante corriqueira das guerras. As civilizações da América pré-colombiana e os eurasiáticos da antiguidade se utilizavam bastante do trabalho forçado de seus oponentes derrotados (CRUZ, 2005, p.140). O próprio verbete ‘escravo’ é proveniente da palavra que designava os ‘eslavos’, povo que foi submetido a regimes contínuos de trabalho forçado (KAUFMANN, 2007, p. 48).

Portugal foi o país europeu pioneiro no tráfico de africanos. Seu comércio remonta ao ano de 1444. De acordo com Bagú (1949, p. 131), o formidável ressurgimento da escravidão, adormecida na Europa, durante a Idade Média, deveu-se principalmente ao aparecimento da América como colossal reserva de matérias-primas, cuja exploração dependia de mão-de-obra abundante e de baixo custo. Meio ao expansionismo de Portugal, a Reconquista Católica contra a dominação árabe também foi utilizada para legitimar a escravização dos não-cristãos, ratificada pela Igreja através da bula *Dum Diversas*.

Com o citado documento, o papa Nicolau V autorizou, em 1452, que os reis portugueses conquistassem os países dos infiéis, os submetessem e os escravizassem. Nessa esteira, o padroado consistia em um acordo da Igreja com os reis católicos, segundo o qual estes se prestavam a auxiliar na difusão da fé católica e assegurar-lhe a exclusividade de culto sobre os súditos coloniais em troca do apoio papal às decisões régias e do reconhecimento da posse das terras conquistadas (DREHER, 1999, p. 41). Devido aos grandes lucros gerados a partir do tráfico negreiro, a Igreja continuou a validar essa prática escravocrata. Assim, paradoxalmente, o tráfico foi o que possibilitou a escravidão africana nas colônias européias na América, e não o contrário.

Kaufmann (2007, p. 48-51) relata que, no Brasil, o trabalho escravo nem sempre esteve restrito à mão-de-obra negra. Muitos índios trabalharam de forma não remunerada no plantio de cana-de-açúcar. Não obstante, algumas adversidades impediram a maior freqüência da escravidão indígena. Entre elas estava o fato de que um grande contingente da população nativa americana morreu por não haver desenvolvido anticorpos contra os agentes patológicos europeus. Ademais, a resistência bélica das tribos aliou-se à veemente defesa contra a escravidão indígena realizada pelos missionários jesuítas.

A influência dos jesuítas no Brasil deveu-se, em boa medida, ao contexto europeu de Reformas Protestantes e da Contra-Reforma Católica. Criada em 1534, a ordem jesuítica visava à ampliação territorial do cristianismo e à recuperação de fiéis, bem como à catequização dos habitantes de áreas ainda não atingidas pelo Protestantismo, a exemplo das terras recém-descobertas.

Apesar de, em 1537, a Santa Sé, sob pena de excomunhão, haver proibido a escravidão dos nativos americanos, não se evitou o recurso ao trabalho compulsório indígena diante do surgimento de empecilhos quanto à aquisição de escravos negros. Tome-se como exemplo a Carta Régia de 1808, pela qual D. João VI, em estada no Brasil, veio a restabelecer a escravidão indígena durante o período de dez anos. A despeito disso, entre 1575 e 1755, cinco bulas papais e, pelo menos, quarenta normas portuguesas proibiram a escravidão indígena.

Também foram criadas algumas ações afirmativas para os nativos americanos àquela época. O Alvará de 4 de abril de 1755 declarava que o casamento entre portugueses e índias era proveitoso para o Estado. A norma determinava, igualmente, que, por serem os habitantes naturais da região, os índios teriam preferência na ocupação de cargos públicos em localidades povoadas por tribos.

Em contrapartida, no afã de justificar a destinação de negros ao trabalho escravo, a historiografia oficial indica que os índios eram preguiçosos e incapazes de se habituar à labuta rotineira. No sentido contrário, aponta-se que a dificuldade de se escravizarem os povos indígenas advinha de sua valentia e resistência permanentes. De fato, por conhecerem as matas de forma mais detalhada que os europeus, os índios eram de difícil recaptura quando fugiam. Constituía igual obstáculo ao seu cativeiro o fato de muitos falarem as mesmas línguas, o que facilitava a organização de rebeliões contra os invasores.

Contudo, nenhuma dessas explicações aponta para o fator decisivo na eleição do negro como mão-de-obra. Embora a aquisição de negros de tribos variadas com línguas, culturas e costumes diferentes ajudasse na contenção de eventuais revoltas, a escravidão de africanos se justificou principalmente pelos lucros extraídos do tráfico, e não por qualquer teoria ‘pseudocientífica’ inclinada a demonstrar a inferioridade moral das raças através das cores de suas peles.

Negociados a baixos custos, os negros eram vendidos nas colônias a preços exorbitantes. Se a escravidão indígena viabilizasse maiores lucros para a metrópole, inexistiriam razões humanísticas ou operacionais que a impossibilitassem. No entanto, esse tipo de mão-de-obra favoreceria o surgimento de um comércio interno a ser combatido. Caso se permitisse aos senhores de engenho a opção pela escravidão do indígena, provavelmente seria essa a preferência deles, vez que o preço dos índios era muito menor que o dos negros.

O comércio de escravos proporcionou ganhos bastante altos para a Coroa. Mesmo no início da colonização, quando era permitido aos próprios donatários das capitâncias atravessar o Atlântico no intuito de comercializar escravos, o Regimento da Fazenda Real demandava que o ingresso dessas *mercadorias* nos portos estava condicionado ao pagamento de um imposto – a *siza*. Os já elevados lucros da atividade foram então aumentados em 1697, com a proibição da captura autônoma de escravos e o estabelecimento do monopólio português na atividade. Destarte, a metrópole passou a ter o controle sobre a fixação dos preços dos escravos.

Enquanto modo de produção, a escravocracia se adequava melhor às necessidades de exploração econômica das colônias europeias do que o trabalho remunerado. A despeito de os

trabalhadores livres só terem de ser pagos ao final de seus serviços e não demandarem a fiscalização ou a manutenção destinada aos escravos, eles representavam uma ameaça aos grandes monocultores, na medida em que poderiam vir a se tornar produtores concorrentes, direcionados ao atendimento do mercado colonial interno.

Além disso, os trabalhadores livres teriam de perceber salários altíssimos que compensassem a aventura de povoar as colônias ultramarinas. Embora, a princípio, mais oneroso e menos rentável, o trabalho escravo, oferecia segurança à monocultura e justificava, pois, os riscos do investimento inicial na aquisição de mão-de-obra barata.

A colonização de exploração baseava-se no *pacto colonial*, política cuja característica mais forte era a reserva do mercado da colônia para a metrópole exploradora. De tal modo, a venda de produtos coloniais para a metrópole ocorria segundo os valores mais baixos possíveis, de forma que esta pudesse obter maiores lucros ao revender tais mercadorias no continente europeu. Por outro lado, a colônia era abastecida por meio de comércio exclusivo com a metrópole, que estipulava livremente seus preços.

O referido sistema mercantilista era pautado no trinômio latifúndio-monocultura-escravidão. A fim de se baratearem os custos, era necessário manter uma produção em larga escala capaz de atender as demandas da metrópole. Para tanto, todas as atenções eram voltadas para a plantação de apenas um produto agrícola de cada vez, cultivado sobre grandes extensões territoriais. De tal sorte, a colônia era forçada a se tornar mercado consumidor da metrópole (KAUFMANN, 2007, p. 46-47).

Entretanto, o cenário econômico mudou de figura, quando, no século XIX, a Revolução Industrial, iniciada em meados do século XVIII, expandiu-se pelo mundo. Nessa época, novas tecnologias passaram a proporcionar uma volumosa produção serial de mercadorias. A Grã-Bretanha, na qualidade de grande potência econômica, começou, então, a conquistar mercados consumidores para escoar seus produtos. Nem mesmo os domínios de outros países europeus foram poupadados, o que resultou em forte pressão para o término de alguns pactos coloniais, como aquele firmado entre Portugal e Brasil.

Para que houvesse uma absorção ainda maior da manufatura, a Inglaterra desejava converter escravos em trabalhadores assalariados. Enquanto os negros escravizados não podiam adquirir quaisquer bens, se libertos, seriam potenciais compradores. Assim, motivada pela ambição de maiores lucros, a Inglaterra liderou uma pujante campanha com o objetivo de abolir o tráfico de escravos e a escravatura (KAUFMANN, 2007, p. 71).

Mesmo com o fim da escravidão, a grande maioria dos afrodescendentes continuou a ser subordinada aos senhores brancos. Tal disparidade resultou no cenário de hipossuficiência

econômica vivido até o presente por grande número de negros no mundo. No Brasil, por exemplo, segundo o IBGE (2010), em 2008, a população de cor preta e parda tinha rendimentos 44% menores que os de brancos<sup>57</sup>.

### 3.1.1 O racismo científico

É intrigante, na realidade, perceber que o chamado ‘racismo científico’ tenha dado seus primeiros passos justamente como reação aos movimentos abolicionistas, na segunda metade do século XIX. Nessa época, começaram também as viagens de exploração à África apoiadas por governos que realizariam o imperialismo naquele continente. Tais conquistas dependeram da convicção da superioridade branca nos campos mecânico, econômico, militar e moral, que conferiria à raça o direito de dirigir o resto da humanidade.

Segundo Magnoli, “[...] o ponto de partida da chamada partilha da África foi a Conferência de Berlim (1884-85), que se realizou sob o signo da eliminação completa da escravidão e do tráfico negreiro” (2009, p. 27). A partir desse evento, as potências européias, interessadas na exploração econômica de novas regiões, firmaram tratados mútuos delimitando as fronteiras dos territórios coloniais.

Embora provenha do etnocentrismo e da xenofobia, conceitos já presentes na Antiguidade, o racismo não pode ser confundido com a simples intolerância. Primeiramente, porque o conceito de raça só apareceu no vocabulário filosófico no século XVIII. Em segundo lugar, porque o racismo não partiu de uma premissa etnocêntrica espontânea. Ele foi, na realidade, racionalmente sistematizado e arrogou-se o caráter científico. Desse modo, a indicação da superioridade de uma *raça* sobre outra é relativamente recente e data do século XIX.

O etnocentrismo é um traço extremamente comum entre os povos do planeta. Os antigos egípcios, por exemplo, denominavam-se a si mesmo ‘homens’, ao passo que afirmavam que seus vizinhos rústicos não passavam de ‘líbios’, ‘africanos’ ou ‘asiáticos’. No início do século XX, os inuits da Groenlândia acreditavam que os europeus eram enviados de povos atrasados para aprender suas virtudes e boas maneiras. O eurocentrismo, por sua vez,

---

<sup>57</sup> “As consequências deste distanciamento são refletidas nos demais indicadores, tais como: a taxa de alfabetização das pessoas de 15 anos ou mais de idade, que é de 86,4% para pretos e pardos e de 93,8% para brancos; e a escolaridade (média de anos de estudo) das pessoas de 25 anos ou mais de idade, que é inferior em dois anos de estudo para os pretos e pardos em relação aos brancos” (BRASIL, INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010).

articulou-se no Renascimento com o pensamento de que a civilização greco-romana era uma tradição européia superior (MAGNOLI, 2009, p. 23).

No decorrer dos séculos XIX e XX, diversos autores estabeleceram, arbitrariamente, números bastante diferentes de raças humanas. “Cuvier reduziu as raças a 3, James Prichard encontrou 7, Louis Agassiz aumentou-as para 12, Charles Pickering preferiu 11 e Thomas Huxley sugeriu 4. [...] Deniker enumerou 29 raças em 1900 e Egon von Eickstedt listou 38 em 1937” (MAGNOLI, 2009, p. 21).

De acordo com Rabenhorst (2001, p. 94-97), as maneiras de contemplar a raça e a etnia variaram ao longo dos séculos. O primeiro autor a fazer o uso da noção de raça foi o médico francês François Bernier, em 1684. Tratava-se de uma simples classificação pautada na divisão entre os diferentes tipos físicos encontrados nos diversos continentes. Posteriormente, levando em conta aspectos morfológicos e culturais, Lineu apresentou, em 1758, uma classificação humana a partir de quatro variedades geográficas (europeus, asiáticos, americanos e africanos). Já entre os naturalistas do século XVIII, desenvolveu-se um forte debate sobre a origem comum (monogenia) ou separada (poligenia) das raças humanas (MAGNOLI, 2009, p. 24).

A antropometria craniana – método utilizado para medir as diferenças raciais a partir do ângulo facial – também apareceu no século XVIII, mas atingiu o pleno desenvolvimento no século XIX, meio às justificações do imperialismo. Entretanto, não há motivos para crer que a craniometria, desde a origem, tenha se prestado a justificar a dominação escravocrata. Ela simplesmente compunha o racialismo, definido como o conjunto de vários instrumentos e modelos teóricos de classificação dos tipos humanos propostos entre os séculos XVIII e XIX. O racialismo, todavia, não escapou de ser utilizado para tentar explicar as desigualdades no desenvolvimento socioeconômico e tecnológico dos grupos humanos, como justificativa para o racismo.

Magnoli (2009, p. 26) asserta que a craniometria foi utilizada para demonstrar que o volume craniano e o tamanho do cérebro estavam intimamente ligados aos avanços intelectuais das raças. Destarte, legitimar-se-ia a idéia de que os brancos seriam superiores. Todavia, a demonstração de que, em média, os crânios de indivíduos da raça branca são maiores que os daqueles pertencentes à raça negra desconsiderou o fato de que as cabeças de esquimós, lapões, malaios e tártaros ultrapassam todas as outras em tamanho.

A superioridade branca é defendida em uma obra de Gobineau, publicada entre 1853 e 1855 (*Ensaio sobre a desigualdade das raças humanas*), segundo a qual todas as grandes civilizações teriam origem na raça branca ariana. Conforme Magnoli (2009, p. 24), apesar de

reivindicar a ciência, o ensaio obteve conclusões a partir de interpretações bíblicas e propôs que Adão era o fundador da espécie branca, já que dele descenderam gerações sabidamente brancas. Por afirmar que o cruzamento entre raças levaria à degeneração, o ensaio do autor inspirou os proponentes de leis antimiscigeração nos EUA e na Alemanha nazista.

A publicação de *A origem das espécies*<sup>58</sup>, de Darwin, em 1859, praticamente anulou os argumentos criacionistas e estabeleceu o conceito da unidade da espécie humana. Contudo, o evolucionismo indicou aos cientistas raciais o caminho para buscar provas da hierarquia das raças. Adotou-se, então, o recapitulacionismo. Segundo essa corrente, se os estágios embrionários dos seres humanos ‘recapitulavam’ os peixes, répteis e mamíferos inferiores, o estágio adulto de indivíduos de uma raça inferior espelharia o estágio infantil de raças superiores. Da mesma forma, o estágio infantil de indivíduos de raças inferiores espelharia os estágios adultos dos ancestrais comuns entre homens e macacos. (MAGNOLI, 2009, p. 28).

No século XIX, ganharam popularidade os ‘zoológicos humanos’, para expor tipos étnicos exóticos. A mais antiga dessas exibições parece ter sido a de Sarrtjie Baartman, uma escrava khoi sul-africana exposta em Londres e Paris, entre 1810 e 1815. A mulher chamava a atenção dos europeus pelo excessivo acúmulo de gordura na região de suas nádegas. Infelizmente, os zoológicos humanos resistiram no tempo. Magnoli (2009, p. 29) relata que, na Exposição Universal de Bruxelas de 1958, expôs-se uma aldeia congolesa. Mais recentemente, em 2005, uma aldeia africana foi ostentada no Zoológico de Augsburgo, na Alemanha.

O interesse na evolução e na hereditariedade levou o italiano Lombroso a formular a teoria do *uomo delinquente*. A Antropologia Criminal resultante dessa teoria asseverava que a tendência ao crime, sendo inata, era decifrável pela leitura das características anatômicas individuais. A ferocidade de animais inferiores poderia ser visualizada em seus atavismos criminosos, perpetuados por defeitos evolutivos em alguns humanos. Com isso, a criminalidade seria a norma entre grupos humanos ‘selvagens’ (MAGNOLI, 2009, p. 30). Influenciado pela doutrina estrangeira, no Brasil, pode-se citar a obra de Nina Rodrigues como manifestação do racismo científico (KAUFMANN, 2007, p. 99).

A racialização humana é decorrente do impulso racional de ordenar objetos em classes. Magnoli (2009 p. 19-22) aponta como a operação classificatória dos seres nas

<sup>58</sup> Em sua obra, Darwin estabelece que as mutações genéticas randômicas que ocorrem em alguns exemplares das várias espécies de seres vivos podem ser benéficas aos novos indivíduos caso lhes promovam uma melhor adaptação ao meio em que vivem. Dessa maneira, enquanto os menos adaptados não conseguem sobreviver e reproduzir-se, apenas os mais aptos perduram e transmitem às futuras gerações seus caracteres distintivos. Esse processo evolutivo foi chamado de seleção natural (DARWIN, 2004, p.177).

ciências biológicas refletiu-se sobre as etnias humanas. Segundo o autor, reputa-se a Aristóteles a enumeração das regras gerais de classificação. De acordo com o filósofo grego, quaisquer objetos estudados devem ser agrupados da forma mais homogênea possível, de acordo com o compartilhamento de seus atributos. Caso um exemplar seja muito diferente dos demais conhecidos, deve-lhe ser criada uma nova classe. Se, por sua vez, as classes forem tratadas como itens, elas podem ser agrupadas em conjuntos mais abrangentes, em um sistema de hierarquização.

Apesar de seguirem regras objetivas, as classificações dependem de um tanto de subjetividade. Na Biologia, a operação classificatória chama-se taxonomia e se divide em oito níveis principais, desde os domínios até as espécies. O conceito atual aponta que, entre os organismos sexuados, uma espécie é um grupo de seres capazes de produzir descendentes férteis de ambos os sexos a partir do cruzamento entre machos e fêmeas. Abaixo das espécies, restam somente as subespécies, nível classificatório arbitrário e bastante questionável.

Uma subespécie se distingue de outra apenas por diferenças morfológicas, fisiológicas e comportamentais, ou ainda pelo alcance geográfico delimitado pelo classificador. Nas palavras de Magnoli, “Quando se estudam poucas características, não é difícil delinejar-se um cenário de nítidas variações entre populações da mesma espécie – que recebem o estatuto de raças” (2009, p. 20).

Certamente, a Biologia aponta para a existência de espécies monotípicas, cujos indivíduos fazem parte da mesma raça, e espécies politípicas, nas quais se podem identificar diferentes raças. Estudos genéticos demonstram que a espécie humana é monotípica, o que justifica a falta de consenso quanto à sua classificação racial. A cor da pele, o mais destacado dos traços “raciais”, é uma simples adequação a diferentes níveis de exposição à radiação ultravioleta, determinada por menos de dez dos quase 25 mil genes do genoma humano.

Rabenhorst (2001, p. 98) expõe que, em 1950, a UNESCO patrocinou um debate com cientistas, antropólogos, sociólogos, biólogos e geneticistas, do qual adveio o consenso de que a raça é apenas uma convenção. Geneticamente, há mais diversidade dentro de um único grupo racial do que entre vários deles.

O modelo paleontológico que melhor explica a origem dos humanos anatomicamente modernos se chama *“Out of Africa”*. De acordo com ele, todos os seres humanos atuais descendem de uma mesma população africana, formada entre cem mil e duzentos mil anos atrás. A referida população expandiu-se rapidamente e colonizou a Ásia e a Europa, substituindo as subespécies mais antigas. Conseqüentemente, pequenos grupos migratórios separaram um estoque genético de uma matriz maior.

Tal explicação afrocêntrica parece ser validada pela constatação de que a variabilidade genética humana é maior na África e decresce à medida que se afasta desse continente. As constantes migrações e miscigenações de grupos impossibilitaram a formação de raças geneticamente diferenciadas, o que requer tempo e isolamento reprodutivo. É importante mencionar a recente pesquisa de ancestralidade genômica realizada em brasileiros de pele negra pelo geneticista Pena (1998, p. 1-3), a pedido da BBC Brasil. De acordo com ele:

A ancestralidade, após os avanços do Projeto Genoma Humano, pode ser quantificada objetivamente. Implementamos em nosso laboratório exames de marcadores de DNA que permitem calcular um Índice de Ancestralidade Africana, ou seja, estimar, para cada genoma humano, qual proporção se originou na África. Recentemente publicamos um estudo demonstrando que no Brasil, em nível individual, a cor de um indivíduo tem muito baixa correlação com o Índice de Ancestralidade Africana. Isso quer dizer que, em nosso país, a classificação morfológica como branco, preto ou pardo significa pouco em termos genômicos e geográficos, embora a aparência física seja muito valorizada socialmente. A interpretação dos achados de nossa pesquisa é que a população brasileira atingiu um nível muito elevado de mistura genética. A esmagadora maioria dos brasileiros tem algum grau de ancestralidade genômica africana. Poderia a nossa nova capacidade de quantificar objetivamente, através de estudos genômicos, o grau de ancestralidade africana para cada indivíduo fornecer um critério científico para avaliar a afro-descendência? A minha resposta é um enfático não. Tentar usar testes genômicos de DNA para tal, seria impor critérios qualitativos a uma variável que é essencialmente quantitativa e contínua. A definição sobre quem é negro ou afro-descendente no Brasil terá forçosamente de ser resolvida na arena política. Do ponto de vista biológico, a pergunta nem faz sentido.

De fato, existem brancos aparentes que são predominantemente africanos na ancestralidade. Da mesma forma, alguns negros na aparência possuem ascendência predominantemente européia. Na ementa do julgamento do HC 82.424 RS<sup>59</sup>, os ministros do STF demonstraram posicionamento pela inexistência biológica de raças. Nesse mesmo sentido, Boyle afirma:

[...] reconhecemos hoje que a classificação biológica dos seres humanos em raças e hierarquias raciais – no ápice da qual se encontrava certamente a raça branca – era produto pseudo-científico do século XIX. Num tempo em que nós mapeamos o genoma humano, prodigiosa pesquisa que envolveu o uso de material genético de todos os grupos étnicos, sabemos que existe apenas uma raça – a raça humana. Diferenças humanas em aspectos físicos, cor da pele, e identidades culturais e étnicas não são baseadas em atributos biológicos. De fato, a nova linguagem dos mais sofisticados racistas abandona qualquer base biológica em seus discursos. Eles

<sup>59</sup> 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções dentre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência todos são iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

agora alegadamente enfatizam diferenças culturais e irreconciliáveis como justificativas de seus pontos de vista extremistas (Tradução do pesquisador)<sup>60</sup>.

O termo ‘raça’, que buscava designar uma classificação biológica dos seres humanos, terminou por coincidir com a expressão ‘etnia’, que indica agrupamentos humanos a partir de fatores socioculturais. Destarte, ainda se mantém a palavra ‘raça’ de maneira não biológica, para designar um grupo social a partir de características físicas aparentes. Apesar de suas distintas culturas, integrantes de etnias diferentes apresentam, de fato, as mesmas potencialidades biológicas.

Nesse campo, cabe salientar que a capacidade intelectual dos indivíduos de diferentes raças é praticamente a mesma. Em sentido contrário, Herrnstein e Murray (1996) publicaram *The bell curve*, um livro que, segundo Rabenhorst (2001 p. 101) é cientificamente questionável e intelectualmente corrompido, por refletir questionamentos neoliberais sobre os programas de segurança social típicos do *Welfare State*.

A citada obra discorre sobre a representação gráfica da distribuição do QI (quociente intelectual) entre os membros de uma sociedade (HERRNSTEIN; MURRAY, 2006, p. 45). De acordo com esse estudo, existe, em média, uma diferença de quinze pontos entre os níveis de inteligência da população branca estadunidense pertencente às classes média e alta e a população afro-americana, assim como a população branca pobre (2006, p. 276). O estudo atribui a incapacidade de ascensão social a semelhanças genéticas entre brancos com baixos rendimentos e afro-descendentes. Também se indica que a pontuação dos negros em testes de QI aumenta com o *status socioeconômico*, mas as diferenças entre negros e brancos persistem (2006, p. 288).

Mesmo que se garantisse a veracidade dos dados coletados pela pesquisa, as formas de discriminação racial continuariam injustificadas. Em primeiro lugar, porque o próprio princípio da igualdade não se baseia em qualquer igualdade real partilhada pelos indivíduos (SINGER, 2011, p. 28). Em segundo lugar, o estudo trabalha com o tão refutado conceito de ‘média’. Ele não se refere a indivíduos reais em situações reais. Em terceiro lugar, a pesquisa supervaloriza apenas um dos tipos de inteligência: a lógico-matemática. No entanto, há

---

<sup>60</sup> “[...] we recognise today that the biological classification of human beings into races and racial hierarchy – at the apex of which of course were white people – was the product of pseudo-science of the nineteenth century. At a time when we have mapped the human genome, prodigious research that involved the use of genetic material from all ethnic groups, we know that there is only one race – the human race. Human differences in physical features, skin colour, ethnic, and cultural identities are not based on biological attributes. Indeed the new language of the more sophisticated racists abandons any biological basis for their views. They now emphasize allegedly irreconcilable cultural differences as justification for their extremist views.” (BOYLE, 2001, p. 490).

múltiplas formas de inteligência, como a sinestésica, a lingüística e a espacial, que não devem ser hierarquizadas (RABENHORST, 2001, p. 102).

Inexistem, pois, diferenças que legitimem discriminações raciais pejorativas. As várias características humanas podem se agrupar em indivíduos de diferentes maneiras, independentemente da cor de suas peles. A classificação dos traços étnicos por incidência geográfica perde sentido especialmente na contemporaneidade, com as freqüentes migrações populacionais do mundo globalizado.

### **3.1.2 A discriminação racial positiva**

Diante das sistemáticas opressões dos negros, as ações afirmativas surgiram para acelerar a consideração da igualdade racial. Apesar do desenvolvimento de discriminações positivas a favor de minorias étnicas em países como Índia e África do Sul, foi a partir dos Estados Unidos da América que tal prática ganhou maior repercussão, tornando-se referência para outras jurisdições.

Com a Guerra de Secessão, os conflitos raciais ganharam especial força nesse país da América do Norte. A beligerância foi motivada pela tentativa dos estados do sul em constituir uma unidade política autônoma, diante da ameaça da abolição da escravatura. Enquanto os estados do norte se desenvolviam a partir de uma economia industrializada apoiada na mão-de-obra barata assalariada de imigrantes europeus, os sulinos pautavam sua economia na monocultura escravocrata de exportação.

Ao explicar a formação das ações afirmativas nos Estados Unidos, Kaufmann (2007, 125-179), asserta que os estados nortistas foram construídos a partir de uma colonização de povoamento iniciada em 1607, que decorreu da migração do excedente populacional agrícola inglês e dos protestantes fugidos da contra-reforma católica sobre a Inglaterra. Esses migrantes fizeram do Novo Mundo o seu próprio lar.

Por sua vez, os estados do sul advieram de colônias de exploração mercantilistas, estabelecidas em virtude do clima tropical, próprio para cultivo de gêneros agrícolas como açúcar, tabaco e algodão. Decerto, a independência do país acentuou ainda mais as diferenças entre as regiões norte e sul, pois o corte de suprimentos ingleses estimulou a industrialização da parte setentrional, enquanto a outra permaneceu com o uso da mão-de-obra escrava.

A fim de manterem seu desenvolvimento, os estados do norte, em processo de industrialização, reivindicavam tarifas mais altas sobre os produtos ingleses. Os preços desses

últimos eram muito baixos e impossibilitavam uma competição razoável no mercado interno. Ademais, os nortistas desejavam o fim da escravidão e o conseqüente aumento do número de consumidores e trabalhadores baratos. Opostamente, os estados do Sul necessitavam que se mantivesse a escravidão e a liberdade de comércio, pois lhes era preferível importar a manufatura européia e exportar gêneros agrícolas para a Inglaterra.

As discussões sobre o escravismo dividiram o Congresso em estados abolicionistas e escravistas. Com a solicitação do Missouri para ingressar na União como estado escravocrata, desfez-se o equilíbrio no Congresso entre sulinos e nortistas. Os atritos posteriores levaram ao Acordo de Mississipi em 1820, que estabeleceu a entrada do Missouri, como estado escravista, e a do Maine, como estado de mão-de-obra livre. Ademais, o acordo estabeleceu que o paralelo 36° 30' seria a linha fronteiriça abaixo da qual se utilizaria o trabalho escravo. Embora estivesse abaixo da marca, a Califórnia, não-escravocrata, foi incorporada em 1849, o que acirrou o conflito. Firmou-se, então, no Compromisso Clay, de 1850, que caberia a cada estado adotar ou não o escravismo.

Nas eleições seguintes, de 1860, elegeu-se presidente Abraham Lincoln, um abolicionista. Embora ele tenha assumido posturas moderadas, não conseguiu impedir que a Carolina do Sul proclamasse sua separação da União em 20 de dezembro de 1860. Essa decisão foi reproduzida por mais sete estados escravistas. Juntos, os estados separatistas realizaram um congresso em Montgomery, Alabama, em 8 de fevereiro de 1861, no qual decidiram fundar outra União – os Estados Confederados da América.

Apesar de estar em situação de desvantagem, a confederação iniciou ofensas bélicas em 12 de abril de 1861, bombardeando o forte *Sumter*. O norte logo ofereceu defesa. A fim de desarticular os nortistas e manter a unidade política do país, Lincoln proclamou que a partir de 1º de janeiro de 1863, ficaria abolida a escravidão nos estados confederados. Com isso ele visava fazer com que os ex-escravos e os senhores entrassem em conflito e enfraquecessem o movimento separatista. Após muitas batalhas e sucessivas derrotas, os estados do sul pediram a rendição em 9 de abril de 1865. A guerra devastou o sul e deixou um saldo de mais de 600 mil mortos.

Terminada a Guerra Civil, três emendas constitucionais foram aprovadas. A 13<sup>a</sup> Emenda, ratificada no final de 1865, extinguiu oficialmente a escravidão no país. A 14<sup>a</sup> Emenda foi aprovada em 1868, e definia a cidadania também para os negros, com a instauração do princípio da igualdade. Em 1870, aprovou-se a 15<sup>a</sup> Emenda, que conferia o direito de voto aos homens afro-americanos maiores de idade.

Os negros passaram a ser vistos como *bodes expiatórios* para as mazelas que os estados enfrentavam. Os brancos enxergavam os afrodescendentes como os culpados da guerra e como concorrentes para os postos de trabalho. Embora a abolição da escravatura nos Estados Unidos tenha resultado na igualdade do negro na letra da lei, na prática, este não possuía o mesmo tipo de cidadania que os brancos.

A competição no mercado de trabalho fez eclodir violentas revoltas contra os negros. Os crimes, entretanto, não eram punidos pelas autoridades, que se utilizavam das teorias da inferioridade da raça negra para proceder à discriminação. O regime de segregação racial subsequente, conhecido como sistema *Jim Crow*, foi imposto aos negros em muitas cidades e estados do sul dos Estados Unidos. Durante décadas, os negros foram proibidos de ter propriedades ou de freqüentar as mesmas escolas, vizinhanças e lanchonetes destinadas aos brancos. Tampouco era permitido aos afrodescendentes o uso dos mesmos bebedouros, piscinas, banheiros e estradas. A Suprema Corte americana consolidava o segregacionismo, à medida que reconhecia a legitimidade dessas regras.

A separação racial alcançou também as regras de casamento. O caso *Pace v. Alabama* (106 U.S. 583), de 1883, discutia a constitucionalidade da lei do Estado do Alabama que proibia o casamento inter-racial e punia mais severamente o adultério praticado entre integrantes de raças distintas. Segundo os *Justices* da Suprema Corte, a legislação não era discriminatória, pois o tratamento era igual para todos, fossem eles negros ou brancos.

No caso *Plessy v. Ferguson* (163 U.S. 537), de 1896, consolidou-se o entendimento de que apesar de iguais, negros e brancos poderiam legitimamente ser mantidos em ambientes separados. A Corte declarou a constitucionalidade do Estatuto de Louisiana, por meio do qual se determinava que o transporte ferroviário deveria acontecer em acomodações iguais, mas separadas para negros e brancos. Apesar de ser prevista a igualdade entre as instalações racialmente apartadas, as negras eram visivelmente inferiores.

Plessy, aparentemente branco, era considerado negro pela *one drop rule*, regra estadual segundo a qual apenas um ascendente negro enegrecia toda a descendência. Acreditando ser um homem branco, Plessy se recusou a usar o vagão para negros e deu início à demanda judicial. A Suprema Corte reconheceu que a discriminação era válida por visar estabelecer maior conforto para os indivíduos, com a promoção da ordem pública.

No contexto segregacionista, surgiram organizações contrárias aos negros. A mais relevante delas é a Ku Klux Klan, criada em 1866 e caracterizada por ser a ordem mais violenta e agressiva contra os negros. Em contrapartida, articularam-se movimentos negros

em prol da igualdade racial de fato. Citem-se a Liga Afro-Americana, fundada em 1890, e a *National Association for the Advancement of Colored People (NAACP)*.

A maior liderança negra foi, no entanto, exercida por Martin Luther King. Sua atuação, sempre pacífica, começou em 1955, com um boicote às empresas de ônibus que adotavam a segregação de assentos. Tal iniciativa foi decorrente da prisão de uma costureira negra que se negou a ceder o lugar a um branco no transporte público no estado do Alabama. Sob a liderança de King, os negros passaram a não mais utilizar os veículos com lugares separados, o que quase levou as empresas de ônibus à falência. Somente se encerrou o boicote quando a segregação nos transportes foi encerrada por decisão judicial.

A partir do caso *Brown v. Board of Education* (347, U.S. 483), de 1954, houve a reviravolta da doutrina dos “iguais, mas separados”. Tratou-se do agrupamento de alguns casos de diferentes estados norte-americanos, em que crianças negras eram recusadas em escolas destinadas aos brancos no contexto da segregação racial.

Em sua decisão, a Suprema Corte considerou que as escolas exclusivas para negros eram deficientes em relação às dos brancos em fatores tangíveis, como acomodações e qualificação dos professores. Ademais, salientou-se que não era possível considerar que instalações separadas promovessem a igualdade, uma vez que, por si só, a segregação tinha um efeito negativo sobre a motivação educacional das crianças negras, por denotar sua inferioridade. Aquele Tribunal entendeu que deveria ocorrer uma ruptura com o regime separatista, de maneira gradual, mas não foram previstos prazos para a realização da tarefa.

Assim, teve início a implementação de ações afirmativas para negros. O processo aconteceu em duas etapas. Na primeira, as discriminações foram proibidas. Na segunda, a pertinência à raça negra passou a conferir aos indivíduos direitos especiais, direcionados à sua inclusão na sociedade.

Embora destaque que o termo ‘ações afirmativas’ fez a primeira aparição em 1935, com o National Labor Relations Act, Skrentny (1996, p. 7) aponta que a expressão ganhou valor com muito mais carga política a partir do enfoque dado na década de 1960 com o debate sobre direitos civis. Naquele documento, a expressão significava que um empregador que discriminasse membros de sindicato ou seus organizadores deveria parar de discriminar e tomar ações afirmativas para colocar as vítimas no lugar em que estariam se não tivessem sofrido qualquer discriminação.

Por meio da *Executive Order 10925*, de 1961, o presidente Kennedy criou o Comitê Presidencial sobre Igualdade de Oportunidades no Emprego (PCEEO). Ele foi instituído com o propósito de “tomar ações afirmativas” no combate a preconceitos raciais, religiosos ou de

origem nacional nas contratações realizadas pela Administração Federal. Na *Executive Order N.º 11.246*, de 1965, o presidente Johnson também proibiu tais discriminações pejorativas nas contratações por parte do Poder Público.

Antes, entretanto, em 1964, fora editado o *Civil Rights Act*, cuja disposição tratava como prática ilegal a discriminação trabalhista em virtude de raça, cor, religião, sexo ou origem nacional. A revisão dessa lei, feita em 1972, estipulou expressamente o poder judicial de instituir ações afirmativas através, por exemplo, da reintegração de trabalhadores afastados por discriminações pejorativas ou quaisquer outras reparações equitativas que julgadas apropriadas.

Ainda no âmbito trabalhista, a *Equal Employment Opportunity Comision (EEOC)* atuou, por meio de uma lei específica datada de 1972, em prol do sancionamento de empregadores suspeitos de discriminação em virtude da raça ou do sexo. A partir de então, a EEOC poderia levar empregadores à Justiça, quando os considerasse omissos na superação de discriminações, ou defendê-los, caso se observasse a implementação de medidas antidiscriminatórias.

Preferências antidiscriminatórias passaram, então, a ser adotadas com base na raça. Difundiram-se, por exemplo, cotas raciais para admissão em empregos e instituições de ensino. Tais medidas foram largamente legitimadas pela Suprema Corte em casos como: *Regents of University of California v. Bakke* (1978), *United Steelworkers of America v. Weber* (1979), *Fullilove v. Kutznick* (1980), *Firefighters v. Cleveland* (1986) e *Metrobroadcasting, Inc. v. FCC* (1990). Nessas decisões o tribunal decidiu que as proibições legais de discriminação racial, criadas em um contexto de opressão ao negro, não impedem planos de valorização desse grupo étnico, que não tenham o objetivo de menosprezar nenhum outro.

### **3.1.3 A fragilidade dos direitos em virtude da raça**

Uma vez alcançado o reconhecimento legal da igualdade racial, parece anacrônico que países queiram voltar a estabelecer direitos pautados na cor da pele. Atualmente, a característica apontada não é, por si só, *determinante* de quaisquer posições sociais. Barack Obama, mesmo sendo negro, alcançou a presidência dos Estados Unidos da América, o mais alto posto político daquele país. A angolana Leila Lopes, por sua vez, no ano de 2011, foi a vencedora do *Miss Universe*, concurso internacional de beleza.

Certamente, o prestígio econômico e social não é a realidade para a maior parte dos negros no mundo ocidental. Contudo, a experiência média de uma determinada categoria não pode ser aplicada a todos os seus integrantes. É necessário avaliar a situação individual de cada um deles e corrigir-lhe as hipossuficiências experimentadas. A negritude não constitui qualquer entidade dotada de personalidade autônoma. Existem indivíduos negros que vivem diversas situações e interesses a serem atendidos.

A fim de evitar segregações e preconceitos, o registro civil da cor da pele foi omitido pelas leis de diversos Estados como o Brasil<sup>61</sup> e a África do Sul<sup>62</sup>. O resgate da indicação da raça instaura um claro retrocesso a essas legislações. No Brasil, país extremamente mestiçado, a menção à cor é um aspecto incerto e duvidoso, que fica a mercê da interpretação de quem se declara pertencente a uma etnia ou de quem procede ao registro do indivíduo. A constatação da existência da mestiçagem, contudo, não significa corroborar que inexistam preconceitos raciais, ou que seja verdadeiro o mito atribuído a Freyre (KAUFMANN, 2007, p. 101-102) de que o Brasil é o berço de uma democracia racial. Aponta-se, apenas, para a inviabilidade prática de se identificar quem é branco e quem é não-branco.

Inquestionavelmente a questão racial vai muito além da questão econômica. Lawrence III (1987, p. 322) assevera que, nos Estados Unidos, todos os indivíduos são racistas, porque a idéia de superioridade branca é transmitida através de esquemas tácitos. Mesmo que não se discrimine em virtude da raça, nem se apresente um racismo necessariamente preconceituoso – entendido como a resistência emocional à aceitação da dignidade de indivíduos negros – ninguém está isento de nutrir os estereótipos racistas, advindos de prejulgamentos baseados na exclusão vivida por muitos dos afrodescendentes (estereótipo estatístico), ou pautados na negação do valor estético de suas características. Em sentido semelhante, Fernandes (1972, p. 42) assevera que, no Brasil, há um ‘preconceito em ter preconceito’, a partir do qual se negam os vigentes padrões racistas.

A despeito do empenho em promover uma melhor representação dos afrodescendentes na sociedade, é inegável que ainda existe a discriminação daqueles que ostentam seus traços. A massificação dos estereótipos raciais construídos a partir desse rechaço deve sim ser combatida. Porém, valer-se dos próprios estereótipos para realizar o mencionado combate resulta improdutivo, pois os prejulgamentos pejorativos – cuja extinção é desejada – terão de

<sup>61</sup> A lei brasileira de número 6.216/1975, ao alterar a redação da Lei N° 6.015/1973, deixou de considerar a raça ou a cor da pele um aspecto obrigatório do registro civil.

<sup>62</sup> Os sul-africanos eram classificados, em termos gerais, em *Black*, *Coloured*, *Indian* ou *White*, nos termos do *Population Registration Act N° 30*, de 1950. Somente em 1991, com o *Population Registration Act Repeal Act N° 114*, essa classificação foi extinta (WAAL, 2004, p.58).

ser continuamente relembrados e reafirmados na elaboração de regras inclusivas, mesmo que essas últimas se revistam das intenções mais legítimas.

É mais razoável que a reprovação da discriminação racial leve em conta a própria situação discriminatória e não a presunção de que determinada característica humana é invariavelmente excluída da valorização social. Em vez de as ações afirmativas serem direcionadas para negros ou para integrantes de qualquer outra etnia, elas deveriam recair sobre indivíduos que sofrem discriminação em virtude da raça. Decerto, parece confuso apontar abstratamente quem são aqueles que sofrem a discriminação racial, contudo é igualmente arbitrário determinar a que etnia alguém pertence.

Se, por um lado, há falhas na identificação impositiva das raças<sup>63</sup>, por outro, nem mesmo a autodeclaração – vigente no Estatuto da Igualdade Racial<sup>64</sup> brasileiro (Lei N° 12.288/2010, artigo 1º, IV) – delimita com segurança quem pertence a determinada etnia, pois possibilita a declaração fraudulenta, apta a beneficiar quem prescinde de auxílio específico. O critério racial torna-se, pois, extremamente falho.

Ao se destinarem ações afirmativas para membros de determinadas raças, toma-se como parâmetro uma característica identitária que pode ou não estar restrita a uma realidade discriminatória. Por outro lado, se uma ação afirmativa é destinada, de modo abrangente, para ‘aqueles que sofrem discriminação racial’, não serão levados em consideração quaisquer traços individuais, mas a situação em que eles se encontram.

A criação de ações afirmativas raciais que concedam benefícios para indivíduos independentemente de suas necessidades reais são descabidas. O processo de especificação do sujeito depende justamente da verificação da hipossuficiência do beneficiário, que não pode ser aferida a partir de sua mera pertinência a um determinado grupo estatístico.

Se, ainda assim, admitir-se que se confira uma vantagem ao indivíduo negro que já tem acessibilidade a bens escassos, somente para que sirva de exemplo e motivação para outros que comungam com ele da mesma cor de pele, permitir-se-á que o ser humano seja utilizado como instrumento para a realização de objetivos sociais. Apoiado na lição de Kant, Comparato (2001, p. 20) afirma que “[...] o princípio primeiro de toda ética é o de que o ser

---

<sup>63</sup> A esse respeito cabe citar o caso dos gêmeos idênticos Alex e Alan Teixeira da Cunha, filhos de pai negro e mãe branca, que, ao fazerem a inscrição para o vestibular da Universidade de Brasília, optaram por disputar as vagas na instituição de ensino por meio de seu sistema de cotas raciais, no qual são reservados 20% dos assentos a alunos negros e pardos que conseguem a nota mínima no exame. Intrigantemente, os avaliadores decidiram que Alan era negro e Alex não (ZAKABI; CAMARGO, 2007, p. 82).

<sup>64</sup> Pela predominante preocupação com o negro, cabe ressaltar que essa lei seria mais bem denominada Estatuto dos Direitos da População Afrodescendente.

humano e, de modo geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio do qual esta ou aquela vontade possa servir-lhe de talante”.

Dworkin (2001, p. 437-451), ao admitir as cotas raciais para cursos de medicina, cuja legitimidade foi reconhecida pela Suprema Corte estadunidense no caso *Regents of the University of California v. Bakke* (438 U.S. 265), de 1978, afirma que todo o sistema meritocrático é lastreado em categorizações dos indivíduos. A raça constituiria apenas mais um critério indentitário a ser considerado.

O autor ressalta, por exemplo, que provas de conhecimento classificam indivíduos pela inteligência. Ele também dá suporte à razoabilidade da preferência social por profissionais mais jovens em detrimento dos mais velhos. Defende que, haja vista médicos brancos não atenderem bem a pacientes negros, talvez seja socialmente mais útil priorizar a formação de alguns médicos negros. A utilidadeposta na agilidade das mãos de um cirurgião comparar-se-ia à utilidade da cor do mesmo profissional em atendimento aos guetos. Embora assuma que existe uma elite intelectual negra, Dworkin expõe que a maioria dos negros, mesmo em disputa com brancos de baixa posição social, dificilmente será aprovada em testes admissionais de inteligência e, por isso, merece ações afirmativas.

Todos os argumentos apresentados são patentemente falhos. Em primeiro lugar, as provas de conhecimento não classificam indivíduos de acordo com sua inteligência, elas medem o esforço e a preparação para os exames. Certamente, indivíduos mais inteligentes terão mais chances de obter uma boa classificação, mas, uma vez que as questões devem obedecer a programas de conteúdo, todos os candidatos podem estar aptos a responder corretamente as questões desde que estudem.

Tal posicionamento não impede, entretanto, que um indivíduo com quociente de inteligência menor tenha um teste de conhecimentos avaliado com um padrão de pontuação mais favorável, de forma a incrementar sua competibilidade. Observe-se nessa esteira, que o critério para a eventual bonificação não seria outro, senão a própria hipossuficiência de um candidato diante da prova, e não sua pertinência a qualquer grupo identitário.

Em segundo lugar, levar a idade como critério de excelência ou utilidade profissional é tão irrazoável quanto apreciar a raça para a mesma finalidade. Embora ações afirmativas costumem dar prioridade ao trabalhador mais velho para o exercício de uma função disputada com o mais jovem, isso se dá em razão dos naturais desgastes da idade<sup>65</sup>. É bem certo que

---

<sup>65</sup> Encontra-se exemplo desse tipo de medida na legislação brasileira. O Estatuto do Idoso (Lei N°. 10.741/2003) prevê, em seu artigo 27, parágrafo único que “[...] o primeiro critério de desempate em concurso público será a idade, dando-se preferência ao de idade mais elevada”.

nem todos os indivíduos apresentam os mesmos desgastes com o passar do tempo. Mas esse critério costuma ser aceito porque pressupõe-se que todos podem chegar à senilidade, afinal, a idade é a mais passageira das características.

Não obstante, a idade tem de ser avaliada levando em consideração o seu contexto. Embora, por exemplo, um idoso possa ter atendimento bancário prioritário, não há sentido em fazer seu benefício sobrepor-se à necessidade de um jovem que se encontre em estado de saúde de maior debilitação. Sob o mesmo ponto de vista, é irrazoável exigir a aposentadoria compulsória por idade sem que se proceda ao devido exame das capacidades de um indivíduo para continuar no cargo exercido<sup>66</sup>. O fato de a idade ser inapropriadamente utilizada como parâmetro de discriminação positiva não legitima a se utilizar a raça com o mesmo propósito.

Em terceiro lugar, a acusação de que médicos brancos não atendem bem a pacientes negros é séria e generalizante. Ademais, toma o fator cor branca da pele como determinante de algo com que pode não guardar a menor relação – o tratamento desumano oferecido a negros. Ao comparar a agilidade das mãos de um cirurgião à cor daquele profissional de saúde destinado a oferecer serviços a guetos, ele engessa as relações de cor da sociedade e as reafirma, mesmo que não seja sua intenção fazê-lo. Isso não significa que o ódio racial necessariamente aumente, mas que seja perpetuada a existência dos padrões segregacionistas pretéritos.

Em quarto lugar, ao assumir que existe uma reduzida elite intelectual negra capaz de competir em condições de igualdade com os brancos de forma geral, o autor admite a possibilidade de que esses negros sejam indevidamente beneficiados por políticas que, pautadas exclusivamente na cor, ignorem a evidente vantagem produzida. Se a maioria dos negros tiver, de fato, QI menos elevado que o da média da população, eles e quaisquer outros indivíduos com a mesma característica, devem ser auxiliados em virtude desse último fator e não a partir da cor de sua pele.

Quaisquer exigências ou preferências desconexas com o estrito cumprimento de uma atividade devem ser consideradas discriminatórias. Mesmo que se admita, por exemplo, que os indivíduos mais inteligentes (e não simplesmente os esforçados) beneficiam-se nos testes

---

<sup>66</sup> Direitos conquistados em virtude da idade não podem retroceder com o avançar do tempo. A incapacidade de um menor, por exemplo, cessa quando ele atinge a maioridade. Restrições nos direitos de um maior (jovem ou idoso) só devem ocorrer por motivos alheios ao seu tempo de vida, como patologias mentais que impeçam uma vida social autônoma. Não obstante, Cruz (2005, p. 21) acredita ser legítima a aposentadoria compulsória de magistrados que atinjam a idade de setenta anos, conforme disposto no artigo 93, inciso V da Constituição Federal Brasileira. Segundo o autor, a renovação dos quadros estatais visa promover a consonância entre as decisões jurisprudenciais e o quadro de valores sociais vigentes à sua época. Tal interesse público atropelaria a liberdade individual de trabalho. O argumento, no entanto, é frágil, pois, para alcançar a finalidade exposta, bastaria impor um limite temporal ao exercício da magistratura, independente da idade do profissional.

de conhecimento pela posse de uma característica identitária, tal situação é legítima quando o referido traço guarda relação estreita com o desempenho de dada função. Tem-se, nessa hipótese, um caso de exigência de qualificação ocupacional de boa fé. Se, por exemplo, determinada cor da pele for necessária para o desempenho de uma atividade, então se tem uma discriminação legítima. Seria, pois, lícito preferir contratar um ator de tez escura para interpretar o personagem negro Otelo.

Argumentos de natureza compensatória ou reparatória sobre as comunidades étnicas soam desarrazoados para legitimar discriminações determinadas em consideração à raça dos indivíduos. Não se pode exigir que os não-negros – que freqüentemente encontram as mesmas dificuldades de acesso aos bens sociais escassos vividas pelos afrodescendentes – sejam privados de uma merecida assistência especializada devido ao simples motivo de seus antepassados terem desferido sérias ofensas aos ancestrais do grupo protegido. Ninguém pode responder pelos danos a que não deu causa.

Além de impor encargos a indivíduos que não se envolveram em práticas discriminatórias, conferir direitos especiais em virtude da cor da pele importa no risco de se beneficiarem aqueles que não foram vítimas de discriminação. A esse respeito, no entanto, Fiscus (1992, p. 15-50) argumenta que a injustiça social que privilegia a maioria ‘branca’ coloca os brancos menos qualificados em postos mais elevados, que não ocupariam caso não houvesse discriminação contra negros. Assim, os brancos, de forma consciente ou não, estariam usufruindo de um benefício indevido e, portanto, não haveria ‘vítimas inocentes’ das discriminações raciais positivas legais.

Não obstante, tal argumento é inconsistente por persistir no erro de generalizar a idéia de que todos os não-negros alimentam o racismo ou tiram proveito dele em níveis uniformes. Na verdade, é evidente que não há como saber em que proporção cada indivíduo contribui ou tira proveito do sistema de valorização da beleza branca.

O problema da discriminação racial se erige principalmente sobre um viés estético, posto que a aparência é a única diferença relevante entre os integrantes de distintos grupos étnicos<sup>67</sup>. O desenvolvimento da personalidade e da autoestima de indivíduos negros pode restar prejudicado diante do desprezo social de suas feições. Contudo, alguns indivíduos respondem com mais intensidade aos estímulos depreciativos do que outros e, por isso, nem todos podem ser compensados da mesma maneira.

---

<sup>67</sup>Nogueira (1985, p. 23), no entanto, faz distinção entre o preconceito racial de marca e o de origem. No primeiro, o indivíduo é discriminado de acordo com a sua aparência; no segundo, ele é discriminado segundo sua

Independentemente da cor, muitas outras identidades visuais servem de critério para a segregação - como aquelas manifestas em indivíduos muito baixos ou muito altos, muito gordos ou muito magros, ou aqueles que, por qualquer motivo são considerados fora do modelo de beleza. De acordo com Thompson e Keith (2004, p. 54), a cor da pele não influencia a autoestima de mulheres consideradas extremamente atraentes. Entre as de beleza mediana ou baixa, a autoestima aumenta à medida que o tom da pele fica mais claro.

A construção de padrões estéticos mais plurais é essencial para reverter o quadro de escárnio sobre certas características. Nesse sentido, a televisão e as artes audiovisuais em geral têm papel fundamental na difusão de novos parâmetros culturais. Conforme Joel Araújo (2000, p.77), no Brasil, as telenovelas são o principal programa do horário nobre, e representam o produto cultural que dialoga mais intensamente com o imaginário popular.

É importante, pois, que negros sejam representados como modelos referenciais de beleza, intelectualidade e sucesso econômico, e não apenas como serviços sem profundidade psicológica ou autonomia sobre suas vidas. Para garantir isso, contudo, o uso de cotas raciais nas produções audiovisuais cerceia a liberdade artística e prioriza os estereótipos de raça sobre outros, socialmente relevantes. O incentivo à representação engrandecedora do negro não pode ser considerado mais importante que a promoção dos papéis de travestis, paraplégicos, anões e inúmeros outros grupos discriminados, que não seriam satisfatoriamente atendidos por cotas ou quaisquer direitos especiais.

Em um Estado democrático, voltado para o valor de cada indivíduo, a relevância de um estereótipo deve ser medida através de sua maléfica difusão e aceitação, e não a partir do número de indivíduos que ele ataca. Pouco importa que existam mais negros que travestis, ambos vivem exclusões que merecem ser combatidas pelo uso de modelos que resgatem a dignidade dessas categorias. Assim, cabe conceder incentivos fiscais e prêmios a empresas audiovisuais comprometidas com o vencimento de estereótipos pejorativos socialmente relevantes, sem que seja dada preferência a quaisquer desses grupos.

Se a finalidade das ações afirmativas é permitir a reconstrução da autoestima dos que se sentem diminuídos em virtude de sua aparência, o critério de diferenciação deveria ser tomado de acordo com os reais cerceamentos que os padrões impostos tiveram sobre sua formação psicológica. A concessão de direitos especiais dependeria da aferição dessas limitações e teria de ser medida de forma individualizada por consultórios psicológicos especializados e credenciados pela administração pública.

---

ancestralidade. O Brasil seria um exemplo de preconceito de marca, enquanto os Estados Unidos seriam um exemplo de preconceito de origem, evidenciado pela ‘one drop rule’.

A invocada necessidade de apreciação do caso concreto pode, *a priori*, conotar a defesa de uma perspectiva da antidiscriminação mais voltada para o direito da não diferenciação do que para o direito da não subordinação. Todavia, tal percepção não pode prosperar. O critério da situação contingente não despreza os casos de discriminação indireta ou inexplícita.

Quando observadas tais formas oblíquas de discriminação, deve-se buscar entender qual a maneira como elas se materializam para segregar determinado grupo étnico. Se, por exemplo, exige-se, para a ocupação de um posto de trabalho, uma qualificação técnica muito elevada, como forma de afastar negros (cujos níveis de instrução são, em média, mais baixos que aqueles dos integrantes de outras raças), deve-se atacar a própria sobrequalificação como requisito discriminador, e não seus efeitos estatísticos sobre a etnia.

É importante que se guarde especial atenção ao exame de dados estatísticos. Os fatores que determinam a incidência de uma certa realidade sobre um grupo racial não se restringem à valorização ou desvalorização de suas características físicas peculiares. Kamel (2006, p. 59 - 60) afirma que, no Brasil, os amarelos ganham, em média, quase o dobro do que ganham os brancos. Se as estatísticas de que os negros ganham menos que os brancos revelam a existência de racismo, então se chegaria à absurda conclusão de que os amarelos oprimem os brancos.

Tão grosseiro erro demonstra que ignorar o exame das situações contingentes leva a uma irrefreável e improdutiva categorização humana. Ações afirmativas baseadas no pertencimento a determinada raça correm o risco de deixar desprotegidos grupos que vivem em circunstâncias semelhantes às daqueles que são expressamente beneficiados. Esse processo leva a uma contínua articulação para a reconquista dos mesmos direitos por grupos diferentes.

Na Índia, por exemplo, os bujares, reconhecidos formalmente como detentores de boa posição social, articularam-se, em 2008, para também se beneficiarem das cotas de acesso ao serviço público, originalmente destinadas a outro grupo étnico que, por viver igual situação de exclusão social, já havia sido expressamente amparado pela lei. (MAGNOLI, 2009, p. 279). Em contexto semelhante, os sul-africanos de origem chinesa não foram beneficiados com as ações afirmativas destinadas aos negros, embora também tivessem sido discriminados durante a segregação racial institucionalizada naquele país. A BBC noticiou que a inclusão dos sino-africanos no rol dos favorecidos foi feita apenas em 2008.

A luta contra o estabelecimento de direitos especiais não significa o descrédito ou a desarticulação de movimentos negros, organizados para reivindicar a efetiva realização da

igualdade racial. É perfeitamente legítimo que grupos se instituam para tornar público o conhecimento a respeito das opressões vividas por eles e para chamar a atenção quanto a possibilidade da configuração de cenários segregadores ou assimilacionistas. O direito conquistado a partir dessas exposições, não pode ficar restrito ao grupo que o pleiteou, como se este fosse uma entidade. O direito deve se estender sobre todos os indivíduos que vivam situações análogas àquela denunciada no referido processo político.

De fato, o desfazimento da mentalidade racial será alcançado a partir do reflexo cultural que os representantes de minorias étnicas provocarem com a ocupação de posições de destaque social. Utilizar ações afirmativas para promover a exemplaridade representa, todavia, um atalho que reflete a supremacia do interesse público sobre o privado, atropelando o direito de indivíduos que, apesar de necessitarem de assistência, não se enquadram nos grupos formalmente rotulados como frágeis.

### 3.2 GÊNERO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU prevê, em seu artigo II, que não se façam distinções descabidas em virtude do gênero. Contudo, apesar das conquistas realizadas a favor da igualdade sexual, a opressão dos homens sobre as mulheres ainda é uma dolorosa realidade para muitas delas.

De acordo com Pinsky e Pedro (2005, p. 265-268), o século XIX trouxe com a marca da modernidade, uma reestruturação das experiências femininas. Apesar da opressão engajada no referido período, as autoras destacam, todavia, que ele não deve ser apreciado como o ponto mais baixo dos poderes e oportunidades das mulheres. O momento de transição entre os séculos XVIII e XIX proporcionou o surgimento de idéias que começariam a fundamentar o processo de emancipação feminina.

As teorias iluministas, por exemplo, serviram de substrato para reivindicação dos direitos das mulheres. Igualmente, a Revolução Industrial pôs a mulher no exercício de atividades que vieram a ser reguladas através de legislações trabalhistas. Com a Revolução Francesa, as mulheres elaboraram um discurso específico, levantando questões como a participação política, o divórcio, o trabalho, a prostituição e a administração de bens. Elas se rebelaram contra a subserviência e reivindicaram o direito a ter direitos, a partir do reconhecimento de sua cidadania e dignidade (AGRA ROMERO, 2001, p. 137).

Na realidade, entretanto, nem sempre as mulheres foram subordinadas ao poder masculino. O processo sociológico que firmou esse cenário desenvolveu-se durante séculos (MURARO, 1997, p. 8-9). Quando a sobrevivência humana dependia da coleta e da caça de pequenos animais, o homem ainda não compreendia o seu papel na reprodução. Haja vista a mulher possuir a extraordinária e inexplicável capacidade da geração da descendência, essas sociedades primitivas eram matricêtricas.

A própria percepção do mundo estava vinculada a uma deusa feminina criadora, cuja capacidade de conceber não se vinculava a nenhuma figura masculina. Esse é o caso do mito Nagô, que veio a dar origem ao candomblé. Segundo ele, Nana Buruquê deu à luz todos os orixás, sem auxílio de ninguém.

No período neolítico, a força física ganhou relevo na caçada de grandes animais. O homem começou a entender sua função reprodutora e instaurou o casamento, para que a transmissão da herança pudesse ocorrer através da descendência masculina. Surgem, em consonância com esse entendimento, explicações existenciais baseadas em deuses andróginos ou em casais criadores. O princípio chinês do yin e yang exemplifica as crenças de que o masculino e o feminino governam juntos.

Com a agricultura, muitos grupos humanos deixaram de ser nômades e foi delimitada a noção de propriedade. Consolidado o sistema patriarcal, as mulheres passaram a ter a sexualidade rigidamente controlada pelos homens e ficaram restritas ao âmbito doméstico. Impedidas de participar do espaço público, subordinaram-se economicamente a seus maridos, para quem tiveram de se apresentar virgens por ocasião da primeira relação sexual.

Tal conjuntura determinou a submissão psicológica feminina, refletida ainda atualmente. A partir dele, vários mitos criacionistas começaram a apontar a existência de um deus macho que havia tomado o poder de uma deusa, ou criado o mundo sobre o corpo dela. Assim, a deusa sumeriana Siduri teve o governo usurpado por um deus solar e, mais tarde, foi descrita como uma simples serva.

Por fim, prosperou a perspectiva de que um deus macho havia criado o mundo sem qualquer intervenção feminina, como nas crenças judaico-cristã e muçulmana. As mulheres viram-se, então, freqüentemente associadas à atividade demoníaca, como no mito de Adão e Eva, em que esta, surgida de uma costela do primeiro, levou-o a traír o deus criador. Atividades sexuais, antes sagradas, passaram a ser entendidas como objetos do pecado.

A repressão às mulheres foi constantemente sistematizada nos últimos quatro milênios. A partir da difusão do poder católico e da atividade da ‘Santa’ Inquisição, muitas mulheres foram reconhecidas como feiticeiras e queimadas vivas como pena pela associação

com o demônio. Oitenta e cinco por cento de todos os supliciados pela Inquisição foram mulheres. O xamanismo feminino ameaçava a dominação da Igreja até mesmo pelo uso de ervas medicinais com fatores inibidores da fecundação. Transgressões sexuais eram transgressões à fé, que, no mundo teocrático, tinham natureza política.

Ao longo do tempo, as mulheres não se mantiveram passivas sob a dominação masculina. A origem do Dia Internacional das Mulheres demonstra a irresignação feminina frente às opressões vividas. Segundo Cruz (2005, p. 59), essa data se relaciona a dois eventos ocorridos nos EUA. O primeiro ocorreu em Nova Iorque, em 1857. Tratou-se de uma grande greve de costureiras das indústrias têxteis locais, em que uma manifestação pacífica foi severamente reprimida pela Polícia. As operárias foram insultadas, ameaçadas, presas e torturadas. Elas buscavam igualar seus salários ao dos congêneres masculinos.

O segundo evento aconteceu em 29 de março de 1911, também em Nova Iorque. Consistiu em um incêndio na *Triangle Schirwaist Company*, uma fabrica em que cento e quarenta e sete mulheres foram trancadas e carbonizadas. Embora o fato tenha sido considerado um acidente, na realidade há indícios de que tenha sido fruto de uma prática criminosa, uma vez que algumas das falecidas eram líderes do movimento sindical local, das quais o patronato desejava ver-se livre.

As mulheres vieram a ser consideradas cidadãs com direito a voto, somente em 1863, na Suécia. O processo de emancipação feminino foi acelerado pela Primeira Guerra Mundial, a partir do momento em que as mulheres assumiram postos antes restritos aos homens, ausentes em virtude dos combates bélicos. Somente em 1920 as mulheres alcançariam o direito ao voto nos Estados Unidos, a partir da 19<sup>a</sup> Emenda. O Código Eleitoral Brasileiro, aprovado pelo Decreto Nº. 21.076 de 24 de fevereiro de 1932, também reconheceu o mesmo direito às mulheres. (CRUZ, 2005, p. 61).

Apenas com a Lei Nº. 4.121/1962, cessou a possibilidade de o marido opor-se à relação empregatícia da esposa, conforme a previsão do artigo 466 da Consolidação das Leis do Trabalho. No entanto, somente o advento da Constituição Federal de 1988 findou a subordinação da mulher à vontade do esposo. A tentativa de restrição do desempenho de mulheres em atividades na esfera pública se notabiliza pela justificativa de que a discriminação é necessária para a proteção da própria mulher, supostamente tímida e frágil. Tal proteção foi utilizada, inclusive, para separar o sistema educacional segundo o gênero, pois os homens passariam por métodos mais rigorosos (CRUZ, 2005, p. 63-66).

Sob semelhantes opressões, a imagem da mulher tem levado os seus padrões de beleza a situações extremas. O uso do espartilho no século XIX, além de proporcionar uma silhueta

esguia, causava sérios problemas circulatórios. Os sapatos altos e as argolas tailandesas de alongar o pescoço são também exemplos de sofrimento feminino. Na China, os pés femininos eram enfaixados para ficarem extremamente pequenos. A imagem causava efeito erótico nos homens porque a vulnerabilidade provocava um sentimento de proteção no observador. No entanto, os homens raramente viam os pés desnudos, deformados pelos ossos quebrados, doloridos pelas unhas que entravam na planta do pé, cobertos de pele morta e malcheirosos (CRUZ, 2005, p. 39).

No Brasil, o tempo em que a mulher se ocupa da prole é, em média, cinco vezes maior do que aquele em que o homem cuida das crianças. Junto aos seus filhos, muitas mulheres sofrem diferentes formas de violência doméstica. Caladas, elas deixam de denunciar pais, maridos e companheiros (CRUZ, 2005, p. 40). Vale ressaltar que, até pouco tempo atrás, o próprio ordenamento jurídico brasileiro sustentava a inexistência de crime de estupro caso o autor viesse a se casar com a vítima (artigo 107, VII do Código Penal, revogado pela Lei N°. 11.106/2005).

Na legislação nacional, ainda se negligenciam questões como o parto, a prostituição e o aborto (CRUZ, 2005, p. 41) Na década de oitenta, obstetras preferiam os partos naturais, haja vista a Bíblia determinar que a vida deveria se originar com a dor. Mesmo quando necessário o uso da técnica cirúrgica da cesariana, os médicos utilizavam o fórceps alto, que causava intensas dores na parturiente ou até mesmo sua morte.

A prostituição, sendo uma atividade escolhida ou forçada, é rotulada de degradante. As profissionais dessa área são privadas da regulamentação de seu ofício, bem como de seus direitos básicos de saúde e previdência social. Desassistida por qualquer órgão estatal, dificilmente a prostituta procura autoridades policiais para a solução dos casos em que sofre violência por seus clientes.

Em ignorância às fases de desenvolvimento do ovo, do embrião e do feto, o aborto continua com regulação insuficiente, prolongada pelos intermináveis debates bioéticos a respeito do início da vida e da aquisição da capacidade de sofrer. Tipificado no artigo 125 do Código Penal, o aborto como direito à intimidade do corpo feminino somente é permitido quando a gravidez é fruto de estupro ou põe em risco a vida da mãe (artigo 128 do Código Penal).

Nas décadas de 1970 e 1980, inúmeras mulheres viram frustrado o anseio de abraçar uma profissão em face da negativa de seus maridos. Àquela época, o homem que permitisse a sua esposa o trabalho extradomiciliar seria considerado incompetente pela sociedade, no que diz respeito à capacidade de manutenção da família. Em janeiro de 2008, das mulheres

ocupadas, 16,5% estavam nos *serviços domésticos*; 22,0% na *Administração Pública, educação, defesa, segurança e saúde*; 13,3% nos *serviços prestados às empresas*; 13,1% nas *indústrias*; 0,6% na *construção*, 17,4% no *comércio* e 17,0% em *outros serviços e outras atividades*. (BRASIL, INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2008)

Entre os homens ocupados predomina a participação na indústria (20,0%), e diferentemente das mulheres, eles têm um maior percentual de ocupação na construção (12,0%) e presença reduzida nos *serviços domésticos* (0,7%). Além da mão-de-obra barata, essa categoria predominantemente feminina é caracterizada por não possuir todos os direitos sociais previstos na Constituição brasileira, o que aponta uma discriminação indireta de gênero. As discriminações de gênero no emprego ficam ainda mais evidenciadas pela estatística de que, em média, as mulheres percebem cerca de vinte e nove por cento a menos do que os homens que exercem a mesma atividade.

Essas breves considerações permitem identificar que, em vários países, a mulher foi tratada formalmente como um cidadão de segunda classe. Apesar do reconhecimento documental da dignidade feminina, existem muitos aspectos culturais e jurídicos que resistem à acomodação dos diversificados papéis de gênero.

### **3.2.1 O sexo no Feminismo Jurídico, na Biologia e na Antropologia**

A fim de se vencerem as discriminações ilegais contra as mulheres, desenvolveram-se, a partir da década de oitenta, várias doutrinas feministas, construídas sobre a premissa de que a condição de subordinação feminina é continuamente reafirmada pela vigente ordem patriarcal, modelada por homens. Assim, o direito não consistiria em um processo neutro e universal do ponto de vista do sexo. Ele, na verdade, seria inadequado aos interesses, valores, ameaças e danos vividos pelas mulheres.

Várias correntes sensivelmente distintas dividem espaço na teoria feminista do direito. Elas oscilam entre posturas de antidiferenciação e de anti-subordinação. Rios (2008, p. 48-50) asserta que se pode classificá-las em (a) feminismo liberal, (b) feminismo culturalista, (c) feminismo radical e (d) feminismo pós-moderno.

O feminismo liberal advoga que a discriminação das mulheres deve ser vencida por meio da igualdade de tratamento. Elas acreditam que medidas especiais para as mulheres correm o risco de assumir um caráter paternalista, reproduzindo a ideologia da superioridade

masculina. Destarte, ao invés de o feminismo simétrico considerar a gravidez como um dom único, ele lhe confere o relevo de qualquer circunstância física capaz de inabilitar os homens para o trabalho.

Littleton (1993, p. 250) adverte que a simetria dos direitos de gênero pode assumir a forma de assimilacionismo ou de androginia. A primeira, bastante criticada, supõe modelos masculinos como normas universais, às quais as mulheres devem se adequar. Por sua vez, a androginia realça a adoção de práticas que ponderem as características médias de homens e mulheres, a fim de implementar um tratamento uniforme para ambos, a fim de que, tendo as mesmas oportunidades, possam alcançar iguais posições.

Conhecido pelo termo ‘feminismo relacional’, o feminismo culturalista dá ênfase ao tratamento desigual entre homens e mulheres. Haja vista as normas gerais serem supostamente incapazes de assimilar as particularidades sexuais, segundo essa corrente, a materialização do princípio da igualdade dependeria de uma abordagem assimétrica.

Busca-se, com isso, a formação de uma contra-cultura centrada na realidade das mulheres e em seus processos de desenvolvimento moral. A ética do cuidado, enquanto inclinação feminina, estaria contraposta ao predominante uso de raciocínios lógicos pelos homens na solução de problemas. No entanto, tal perspectiva é criticada por não destacar a desvantagem estrutural das mulheres e, consequentemente, por estar suscetível à aceitação de distinções sexuais também apoiadas pelo machismo conservador<sup>68</sup>.

O feminismo radical postula que a masculinidade é o anteparo das distorcidas idéias de ‘igualdade de gênero’ e de ‘proteção jurídica especial às mulheres’. Ele salienta a inconsistência da neutralidade na perspectiva da antidiscriminação e a necessidade de consideração das desvantagens femininas meio à dominação masculina. A desigualdade sexual no direito adviria da sistemática subordinação das mulheres e não de uma aplicação irracional do princípio da igualdade. Assim, restaria posta uma luta de anti-subordinação.

Finalmente, o feminismo pós-moderno é uma crítica radical às formulações essencialistas e universalistas. No entanto, essa doutrina situa-se longe do ideal de igualdade simétrica e da perspectiva da anti-diferenciação. Ela expõe a inexistência de uma experiência feminina monocromática e destaca as diferentes circunstâncias raciais, sociais, econômicas,

---

<sup>68</sup> É importante visualizar que a idéia de direcionar ações afirmativas para *mulheres* pode legitimar práticas machistas, como a consagrada diferenciação sexista nos preços praticados em bares noturnos. Geralmente, os ingressos das mulheres são mais baratos que os dos homens, não para vencer a inferioridade do rendimento médio das brasileiras, mas a fim de que elas sejam utilizadas como meio de captação da clientela pagante masculina. Mesmo que resulte verdadeira a difundida idéia de que, em média, as mulheres consomem menos bebida etílica – e, por isso, geram menos gastos nos eventos em que há livre consumo de álcool – não se deve onerar excessivamente o homem comedido no hábito de ingerir destilados com entradas mais custosas.

religiosas, étnicas e culturais relacionadas ao sexo. Aponta-se, portanto, para um pragmatismo jurídico que atenda essas particularidades.

Além das nuances socioculturais, inúmeras diferenças biológicas devem ser apontadas entre fêmeas e machos da espécie humana. Embora apresentem muitos órgãos em comum, há órgãos exclusivos de cada sexo. Sob o aspecto genético, o vigésimo terceiro par cromossômico das ‘mulheres’ é caracterizado por dois cromossomos do tipo X (XX), ao passo que o dos ‘homens’ apresenta um do tipo X e outro do tipo Y (XY). Esses pares determinam, geralmente, a boa formação de ovários ou de testículos, órgãos gonádicos, responsáveis respectivamente pela maior produção de hormônios estrogênicos ou androgênicos, e relacionados ao desenvolvimento genital da vagina ou do pênis.

Ademais, atribui-se às mulheres uma capacidade cerebral de empatia<sup>69</sup> superior à de sistematização do raciocínio e, ao homem, uma capacidade de sistematização superior à de empatia. Seus respectivos processos cognitivos geram observáveis comportamentos típicos de cada sexo. No entanto, essas características não estão agrupadas de modo monolítico em homens e mulheres. É possível, por exemplo, que alguém seja, genética e genitalmente feminino, porém gonadicamente masculino, com cérebro e comportamentos masculinos (BARON-COHEN, 2004, p. 118).

Os diferentes níveis sexuais (genético, gonádico, genital, cerebral e comportamental) comunicam-se, na maioria das vezes, através da absorção de hormônios em diferentes etapas da vida do indivíduo. Basta, por exemplo, que os efeitos de um hormônio (antígeno HY) sejam bloqueados no feto para que se forme um macho genético com ovários (PINEL, 2001, p. 337).

A principal diferença entre a função endócrina masculina e a feminina é que, nos homens, os níveis de hormônios gonadais e gonadotrópicos são estáveis, enquanto, nas mulheres, eles são cíclicos, em contínuo preparo para a eventual gestação. Homens e mulheres apresentam, contudo, os mesmos hormônios sexuais em níveis diferentes: os estrogênicos (como o estradiol) e os androgênicos (como a testosterona). Evidentemente, as gônadas femininas excretam mais estrogênicos que androgênicos, ao passo que as masculinas excretam mais androgênicos que estrogênicos. (PINEL, 2001, p. 330-331).

O programa de desenvolvimento biológico humano é basicamente feminino. Os homens desenvolvem corpos masculinos unicamente porque esse programa é anulado através

---

<sup>69</sup> Empatia é a experiência da consciência externa em geral. Por meio dela, o indivíduo percebe uma extrema parecença entre si e o ‘objeto’ com que interage, projetando sobre este a condição que ele mesmo é capaz de experimentar.

da influência dos hormônios determinados pelo cromossomo Y (PINEL, p. 336). A testosterona, mais presente nos varões, determina-lhes maior força física (PINEL, p. 349), graus mais altos de agressividade e melhor capacidade de sistematização (BARON-COHEN, 2004, p. 119-121).

A absorção da testosterona pré-natal (hormônio produzido pelo feto antes do nascimento) indica a sua forma de desenvolvimento cerebral. Maiores quantidades de testosterona resultam em uma propensão para sistematização e agressividade, ao passo que as menores quantidades apontam para maiores graus de empatia e cuidado. A fim de demonstrar como essas características se ligam ao sexo, Baron-Cohen (2004, p. 103-106) relata um estudo com bebês de um dia de idade.

Realizou-se um experimento em que se apresentaram simultaneamente a imagem de um rosto e a de um mólide mecânico a cento e dois recém-nascidos. O interesse dos bebês por uma imagem ou outra foi verificado pelo movimento de seus olhos. Somente após a análise de cada registro revelar qual foi o objeto de observação preferido, desvelaram-se os sexos dos indivíduos. O estudo mostrou que mais meninos preferiram olhar para o mólide mecânico e mais meninas, para o rosto. A escolha determinou-se pelos respectivos interesses em objetos sistematizados e naqueles que despertam mais empatia.

Pesquisadores ainda ofereceram dois brinquedos estereotípicamente masculinos (uma bola e um carro de polícia), dois estereotípicamente femininos (uma boneca macia e uma panela), e dois neutros (um livro ilustrado e um cachorro de pelúcia) a 44 macacos-vervet machos e 44 fêmeas e mediram quanto tempo eles passavam com cada um. A avaliação demonstrou que, apesar de os animais não haverem sido socializados por humanos e jamais terem visto aqueles brinquedos, os machos apresentaram um interesse significativamente maior pelos objetos considerados masculinos, e as fêmeas, pelos femininos. Não foram computadas distinções quanto ao interesse pelos objetos neutros (MILLER; KANAZAWA, 2007, p. 37).

Segundo as melhores estimativas psicométricas, a diferença cognitiva entre machos e fêmeas humanos, no entanto, não indica que os níveis médios de inteligência sejam distintos entre os sexos. Para ambos, o uso da linguagem e o pensamento sobre o mundo físico e vivo ocorrem da mesma maneira geral (PINKER, 2004, p. 465). Mesmo assim, nos primeiros anos, as mulheres costumam construir um vocabulário mais amplo que o dos homens e mantêm, durante toda a vida, uma melhor memória verbal devido aos seus maiores níveis de empatia e comunicação (BARON-COHEN, 2004, p. 75).

Vale salientar que os estudos sobre o sexo biológico referem-se a médias. Muitos indivíduos não se adéquam às estatísticas. Portanto, é muito perigoso aplicar generalizações aos casos individuais, que podem ou não ser exceções (MILLER; KAZANAWA, 2007, p. 17). A partir dessa constatação, a Antropologia tem desmontado algumas das percepções mais fundamentais sobre o sexo.

A milenar categorização social dos seres humanos em homens e mulheres transcende o âmbito biológico. Ser mulher ou homem não se resume à posse de certos atributos físicos natos. Significa, antes de tudo, desempenhar papéis com comportamentos e funções pré-estabelecidos pela tradição e costumes. Homens fecundam e provêem, e as mulheres gestam e cuidam do ambiente doméstico. Nessa perspectiva, a palavra sexo determinaria a constituição anatômica e biológica de cada indivíduo, enquanto a palavra gênero significaria o conjunto de atribuições sociais ligadas ao sexo e à atividade sexual.

Indubitavelmente, as funções para os dois sexos apresentam certa fluidez ao longo do espaço e do tempo. A sociedade ocidental contemporânea está repleta de mulheres que integram o mercado de trabalho e de homens que realizam funções domésticas. Entretanto, muitas expectativas parecem continuar fixas. Vêem-se com estranheza, por exemplo, as mulheres que abdicam da maternidade e os homens que são providos por suas companheiras.

Tendo como referência a sociedade norte-americana, o comportamento das mulheres é comumente descrito como dócil, maternal, cooperativo, não agressivo e suscetível às necessidades e exigências alheias. Em contrapartida, o comportamento masculino se caracteriza por um padrão oposto ao feminino nesses aspectos. Não obstante, ao apresentar três sociedades da Nova Guiné, a antropóloga Mead (2000, p. 267-268) constata que cada uma delas apresentava condutas diferentes para homens e mulheres, o que serve de argumento contra os chamados temperamentos sexuais inatos.

Entre os Arapesh, tanto os homens como as mulheres exibiam uma personalidade que seria considerada feminina. Em acentuado contraste, os integrantes da tribo Mundugumor eram homens e mulheres implacáveis, agressivos e positivamente sexuados, com um mínimo de aspectos carinhosos e maternais. De acordo com a autora, seu tipo de personalidade seria comparável à de um homem ocidental indisciplinado e extremamente violento. Já os Tchambulli cultivavam uma forte diferenciação entre os sexos, caracterizada, porém, pela inversão das atitudes sexuais ocidentais. Enquanto as mulheres eram os parceiros dirigentes, dominadores e impessoais, os homens eram menos responsáveis e emocionalmente dependentes.

Destarte, tanto é possível que haja uma inversão dos temperamentos identificados como femininos ou masculinos quanto é possível que não haja diferença alguma. A partir dessa análise, conclui-se que a natureza humana é muito maleável, respondendo acurada e diferentemente a condições culturais contrastantes. Entre os Mundugumor, por exemplo, basta que as crianças nasçam com o cordão umbilical em volta do pescoço, para que sejam arbitrariamente distinguidas como as únicas artistas da tribo (MEAD, 2000, p. 21). De modo semelhante, a delicadeza e o recato dos gestos das mulheres, assim como a postura soberba e áspera dos homens são, em alguma medida, técnicas culturalmente aprendidas.

Não se pode negar que a organização social da vida humana também faz com que os corpos sejam treinados e moldados através dos conceitos de masculinidade e feminilidade. Beauvoir (1967, p. 9) afirma, ao extremo, que os gêneros são artificialidades adstritas no tempo, como situações históricas: ninguém nasce mulher, mas, na verdade, torna-se mulher. Na mesma linha de raciocínio, a contribuição de Butler (1988, p. 522) permite identificar os gêneros como performances. Segundo esta autora, o comportamento feminino é tão artificial e performático em *drag queens* quanto nas mulheres. De fato, a própria lógica dos gêneros poderia ser compreendida a partir dessas figuras ‘transgressoras’ da ordem binária de gêneros (BUTLER, 1988, p. 528).

As performances de gênero, contudo, não se desenvolvem livremente. Elas são reguladas através de um referencial que exige uma coerência entre os sexos biológicos e atuações ou práticas sexuais. Quem se inclina a subverter essa ordem e a romper a ilusão do essencialismo sexual binário é submetido a punições e marginalizações, tanto explícitas quanto implícitas. Assim, indivíduos com a genitália masculina devem desempenhar o papel de homens que mantêm relações sexuais e afetivas apenas com mulheres e utilizam as vestes ‘próprias’ dos varões.

Como ato público performativo, o gênero não é imposto ao indivíduo ou inscrito nele. Por outro lado, também não significa uma escolha radical ou um projeto que reflete meras escolhas individuais. Os gêneros são ensinados geração após geração, de forma que perduram como *scripts* seguidos por sucessivos atores (BUTLER, 1988, p. 526). Ao serem encarnados, no entanto, significam muito mais que uma simples maneira de ser visto pelos outros. Eles se acompanham de estilísticas existenciais próprias (BUTLER, 1988, p. 521).

Os numerosos casos de intersexualidade, tanto em animais como em humanos, evidenciam que os caracteres masculinos e femininos não são necessariamente binários. A intersexualidade se caracteriza pelo ginandromorfismo, ou seja, pela justaposição de características genitais masculinas e femininas em uma espécie de mosaico (BEAUVIOR,

1970, p. 36). Destarte, se nem mesmo os sexos biológicos obedecem a uma lógica binária, não há motivos para ignorar a pluralidade de gêneros existentes (BUTLER, 1990, p. 6).

Para Butler (1988, p. 528), não há identidade pré-existente ao gênero através da qual atos femininos ou masculinos possam ser individualmente avaliados como falsos, reais ou distorcidos. Porém, é impossível, em termos culturais, perceber o sexo como algo distinto do gênero, pois, apesar de ser uma mera ficção regulatória, este representa o significado que o corpo sexuado assume através de um conjunto de gestos, posturas e percepções (BUTLER, 1988, p. 524).

Popularmente, gestos e posturas são vistas como *expressões* do sexo e não *performances* sobrepostas a ele. Isso sugere que o gênero é anterior aos comportamentos pelos quais é dramatizado e conhecido (BUTLER, 1988, p. 528). As categorias do feminino e do masculino são tão presentes, que todos os atos humanos são rapidamente interpretados como adequados a uma ou a outra linha de comportamento.

Comumente, busca-se perquirir se um indivíduo é *realmente* um homem ou uma mulher, ou se sua aparência contradiz a *realidade* de seu gênero. Presume-se que alguma realidade, familiar e discreta, esteja lá, temporariamente despercebida, mas talvez perceptível em outras ocasiões e lugares (BUTLER, 1988, p. 527). Assim, mesmo a subversão à binariedade do gênero continua a ser um posicionamento em relação a ela. A dificuldade de se livrar de tais categorizações reside no fato de que elas ordenam o próprio pensamento social, sendo reafirmadas, por exemplo, em discursos legais e políticos que conferem direitos especiais às mulheres.

As construções sociais, no entanto, não podem ser identificadas como únicos fatores relevantes para a incorporação de um gênero. Pinel (2001, p. 345-346) apresenta, como ilustração dessa afirmativa, o caso de um menino cujo pênis foi acidentalmente destruído aos sete meses de idade, durante uma circuncisão. Um médico especialista em transgêneros propôs-se a castrar a criança e recomendou que ela fosse educada como menina. Apesar da angústia trazida pela situação, os pais seguiram o posicionamento médico e, durante a adolescência do filho procederam a um tratamento com estrogênios para feminizá-lo.

Apesar de ter crescido como menina e ter genitais femininos, a criança já tinha um cérebro formado de maneira masculina. Desde uma idade muito precoce, ela tinha tendência ao comportamento varão. Preferia as brincadeiras dos garotos e mostrava pouco interesse por bonecas, costuras e outras atividades convencionadas como femininas. Aos oito anos, desejava barbear-se como seu pai, e não maquiar-se como a mãe. Aos doze anos, rebelou-se contra o processo de feminização e, aos catorze, após conhecer sua condição, decidiu viver

como homem. Realizou tratamento com andrógenos, mastectomia e faloplastia. Casou-se aos vinte e cinco anos e assumiu a estrita heterossexualidade.

Diante do exposto, é mister perceber que as múltiplas construções sociais de gênero não se estabelecem para negar as diferenças biológicas entre machos e fêmeas. Contudo, no âmbito jurídico, apesar das constantes confusões entre sexo e gênero, torna-se cada vez mais clara a supremacia da relevância dada à construção social binária, em detrimento da importância dada à morfologia biológica.

### 3.2.2 A fragilidade dos direitos de gênero

É crescente o número de casos em que se confere a um indivíduo o direito de ser reconhecido como pertencente a um gênero que não corresponde ao seu sexo biológico. Os transgêneros<sup>70</sup> têm conquistado autorizações judiciais para sofrerem intervenções cirúrgicas adaptativas e para procederem a alterações no registro civil de nascimento.

Até 1995, a transexualidade era conceituada pela Organização Mundial de Saúde como um desvio mental de comportamento identificado sob a CID-10. No entanto, os laudos médicos e psicológicos baseados nessa ‘desordem’ garantiram a alguns indivíduos o direito à adequação física e documental de sua condição psicológica.

Cruz (2005, p. 91-92) relata que, no Brasil, algumas dificuldades foram geradas ao redor do assunto. Uma delas é o fato de o Código Brasileiro de Deontologia Médica permitir que as cirurgias ablativas de órgãos sexuais somente se realizem após a recomendação do procedimento por outros dois médicos além daquele que a propõe.

Ademais, o autor aponta que os pedidos desse tipo de cirurgia já foram sistematicamente negados pelo Supremo Tribunal Federal com base em argumentos relacionados ao mérito (tipificação penal da lesão corporal gravíssima<sup>71</sup>) ou ao processo. A

<sup>70</sup> O termo ‘transgênero’ é utilizado de modo abrangente, para indicar os indivíduos que, sendo homossexuais, heterossexuais ou bissexuais, não se adequam aos padrões binários de gênero. A expressão engloba tanto aqueles que não sentem desconforto com sua anatomia genital, quanto aqueles que sim. No primeiro caso, podem-se indicar os travestis. Durante o dia eles geralmente assumem papéis masculinos e, durante a noite, constroem uma identidade feminina. Por sua vez, os transexuais rejeitam sua genitália de nascença e se identificam com o gênero oposto ao que se lhes impõe. Costuma-se utilizar o termo ‘transgênero’ também como eufemismo da palavra transexual, já que ela suaviza a figura conceitual de que os ‘transexuais’ estariam motivados exclusivamente pelo sexo, o que não é verdade. Já a expressão ‘homossexual’ refere-se aos indivíduos que sentem atração sexual por outros do mesmo sexo, sem que necessariamente se identifiquem com algum gênero diverso. Ela envolve, portanto, os homens que se reconhecem como homens e sentem atração sexual por homens (MALLON, 2008, p. 385-387).

<sup>71</sup> Artigo 129, §2º, III e IV do Código Penal.

impossibilidade jurídica do pedido era sugerida a partir da afirmação de que a remoção dos genitais não acarretaria a mudança de sexo, uma vez que seriam inalteráveis os órgãos sexuais internos (femininos ou masculinos).

Entretanto, nenhum dos motivos expressos é aceitável. O argumento da lesão corporal gravíssima é irrazoável, posto que a intervenção discutida não se relaciona à idéia de deformidade permanente. Pelo contrário, ela tem o propósito de permitir uma construção plástica. Tampouco prospera a referência à perda de membro ou função advinda de ato ilícito, uma vez que a cirurgia de mudança de sexo tem valor análogo à habitual operação contraceptiva de ligação de trompas ou vasectomia.

Da mesma maneira, não é procedente a negativa do procedimento cirúrgico fundamentada no aspecto processual da impossibilidade do pedido. Quando se apresentam em juízo, os requerentes desejam somente um biótipo externo compatível com sua identidade psicológica. A alteração dos órgãos internos não é relevante para quaisquer dos fins almejados.

A alteração dos registros civis, por vezes, é negada sob a alegação de que sua concessão desconstruiria imotivadamente a prevalência do sexo natural sobre ‘desvios de conduta em razão de alteração anormal do psiquismo’. Somente em alguns casos, tem sido permitida a modificação legal, desde que acompanhada do assentamento da expressão ‘operado’ ou ‘transexual’. Embora represente um avanço, tal ressalva é um atentado contra a privacidade e a dignidade humana, pois, concedido o benefício, ele deve gerar todos os efeitos observados para os demais indivíduos do gênero adotado. Felizmente, entendimentos jurisprudenciais recentes garantem a alteração completa do registro civil (CRUZ, 2005, p. 93).

Nesse sentido, a Corte Européia dos Direitos Humanos decidiu, em julgado de 2002 (*Goodwin v. United Kingdom – Application n. 28957/95*) que a modificação do *status* legal de transexuais não afronta os interesses públicos. Com suporte nos princípios do direito à vida privada e do direito a contrair matrimônio, concedeu-se o reconhecimento judicial do gênero feminino para Christine Goodwin, uma transexual redesignada de homem para mulher. Em decorrência da decisão, determinou-se que sua contribuição previdenciária findaria aos sessenta anos de vida, como a das demais mulheres, e não aos sessenta e cinco, como a dos homens.

Observe-se, portanto, que o papel de gênero desempenhado por Goodwin foi o único determinante de seus novos direitos. Estes não se relacionam, de forma alguma, às funções biológicas exclusivas ao sexo feminino, mas tão somente à *performance* que a demandante escolheu materializar. De acordo com Sales Santos (2009, p. 116), a aposentadoria precoce

das mulheres se deve a uma compensação pela dupla jornada de trabalho, que divide seus esforços entre a administração do lar e o trabalho remunerado.

Esse ‘direito especial’ reafirma o estereótipo da mulher doméstica e nega o postulado da igualdade sexual. Ele deixa de reconhecer que a dupla jornada é uma realidade alheia ao cotidiano de algumas mulheres e presente na de alguns homens. Arbitrariamente, a lei que prevê tal privilégio recompensa a mulher que mantém o sistema de opressão feminino e se nega a recompensar o homem que não o endossa.

Com a presente crítica, não se deseja ratificar que as mulheres que fazem dupla jornada devam ser exploradas sem qualquer compensação por seus fardos. Apenas deve ser esclarecido que os homens em realidade semelhante merecem o mesmo tratamento. De outro modo, consistiria uma discriminação ilegítima exigir que somente os varões tenham de comprovar sua situação de opressão para fazer jus ao benefício após a investigação de sua realidade individual.

A boa aplicação do princípio da isonomia pressupõe que os representantes de ambos os sexos devam provocar a Administração Pública para ver o seu tempo de contribuição reduzido no caso concreto. É extremamente perigoso estabelecer direitos a partir de estatísticas. Afinal, as democracias devem destinar particular vigilância à proteção dos indivíduos pertencentes a grupos minoritários, em situações excepcionais.

No Brasil, o direito especial ao tempo diferenciado de contribuição para a aposentadoria tem um reflexo peculiar. Segundo o IBGE (2011a), em 2010, a esperança de vida ao nascer para os homens era de 69,73 anos e, para as mulheres, de 77,32 anos. Curiosamente, o direito à aposentadoria por idade é conferido aos trabalhadores urbanos do sexo masculino a partir dos 65 anos e, aos do sexo feminino, a partir dos 60 anos de idade (artigo 201, §7º, II da Constituição Federal). Assim, os homens viviam, em média, menos de cinco anos após se aposentarem, ao passo que as mulheres tinham uma sobrevida de mais de dezessete anos. Essa estatística revela um dado absurdamente desproporcional.

A dicotomia entre direitos de homens e mulheres é especialmente fragilizada quando se observa a configuração de situações que colocam homens em papéis reputados exclusivamente femininos, como a prenhez. A gravidez masculina é um feito com severas implicações legais. De acordo com Winston (1999, p. 207), não é medicamente impossível que um homem abrigue um feto em seu abdome. Embora as técnicas<sup>72</sup> para o referido

---

<sup>72</sup> Há registros de gravidezes ectópicas (ou extra-uterinas) bem-sucedidas em mulheres (SANTOS, L. et. al., 1999, p. 611). No corpo feminino, além de implantar-se no útero, o ovo pode naturalmente fixar-se na trompa (gestação tubária), no ovário (gestação ovariana), no ligamento largo (gestação ligamentar) ou no peritônio

procedimento já existam, elas envolvem tantos riscos, que seria eticamente inaceitável tentá-lo na atualidade.

No entanto, não é necessário servir-se de suposições tecnológicas, para observar como a gravidez masculina insulta o sistema legal binário em relação ao gênero. Do ponto de vista jurídico, tal circunstância, de fato, já ocorreu. Trata-se do caso de Thomas Beatie (2008, p. 7), um transexual estadunidense que, apesar da masculinização hormonal e da remoção cirúrgica dos seios, não procedeu à faloplastia. Mesmo legalmente redesignado de mulher para homem, ele manteve seus órgãos reprodutivos, no intuito de conceber um filho biológico. Quando finalmente pariu sua filha, Beatie e sua esposa decidiram que ela amamentaria o bebê, fruto de inseminação artificial.

Os conflitos de interesse começaram quando, por ocasião do registro da criança, as autoridades propuseram que a certidão de nascimento da recém-nascida indicasse o nome de Beatie como mãe, e não como pai, sob o argumento de que quem dá à luz é automaticamente inscrito como mãe (BEATIE, 2008, p. 199). Tal posicionamento foi aviltante, uma vez que Beatie já fora legalmente reconhecido como homem, devendo usufruir os mesmos direitos que os demais varões.

Ademais, sendo ele considerado como mãe da criança, o nome de sua esposa teria de figurar como pai na certidão de nascimento, em uma clara exceção ao reconhecimento de seu gênero (BEATIE, 2008, p. 252-253). O emprego para ambos os pais da expressão neutra *parent* – que, em inglês refere-se tanto ao pai quanto à mãe – continuaria a configurar discriminação contra Beatie, posto que a nenhum outro homem se impõe tal condição no registro civil de sua prole.

Destarte, resta demonstrado que nem mesmo a gravidez é um papel a ser juridicamente considerado como exclusivo das mulheres. Reconhecer que um homem possa, apenas *excepcionalmente*, gerar seu filho no abdome significa ratificar o estereótipo de que ele não deve fazê-lo. Não é adequado que os benefícios decorrentes da gravidez – como a *licença maternidade* – recebam nomenclaturas sexistas. Eles têm de visualizar apenas a situação contingente, de maneira a favorecer qualquer indivíduo a vivenciá-la. Seria, pois, mais adequado, falar em licença pós-gestacional e licença amamentação, devidas, no caso, respectivamente a Beatie e à sua mulher.

---

(gestação abdominal). No corpo masculino, ela desenvolver-se-ia exclusivamente na cavidade abdominal, através da implantação cirúrgica do ovo. Tal gravidez seria mantida por meio da administração artificial dos hormônios apropriados (WINSTON, 1999, p. 207).

A partir do falho reconhecimento binário de gênero, as atribuições naturais de uma mãe em relação ao filho exigem, decerto, muito mais tempo se comparadas às do pai. No Brasil, o artigo 7º, inciso XVIII da Constituição Federal garante a licença de cento e vinte dias à gestante, sem prejuízo de seu trabalho ou salário. O inciso seguinte declara o direito à licença-paternidade, cuja duração é de apenas cinco dias. Tamanho abismo entre os prazos concedidos pela legislação não reflete somente a diferença de esforços biológicos entre os sexos, mas reitera uma sociedade machista de homens provedores e mulheres domésticas.

As discriminações sexuais ficam mais claras quando o assunto é adoção. A Lei N°. 10.421/02 – que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho, estendendo à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade – estabeleceu uma proporção entre a idade da criança e o período da licença-maternidade.

A legislação assegurou cento e vinte dias à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança de até um ano de idade. No caso de criança de um a quatro anos de idade, a licença é de sessenta dias. Já a adoção de criança a partir de quatro até oito anos de idade dá à empregada o direito a trinta dias de licença. Ao pai adotivo, em descompasso, foram, para todos os casos, mantidos apenas cinco dias. A inexistência de condições orgânicas diversas e a igual divisão dos trabalhos domésticos ensejam, na realidade, a concessão de idênticos intervalos para a acolhida do novo membro na família.

Tal iniquidade é a mesma presente na Lei N°. 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais. Seu artigo 208 assegura ao servidor cinco dias de licença-paternidade, enquanto o artigo 210 prevê noventa dias para a servidora no caso de a criança adotada ser menor de um ano. A discussão chegou aos tribunais. Segundo notícia divulgada em 29 de dezembro de 2008 pelo jornal Globo:

O advogado solteiro Ricardo Sampaio, de 30 anos, obteve junto à Justiça Federal em Feira de Santana licença-maternidade de 90 dias, numa decisão inédita no país. O pedido foi feito há um ano e oito meses, mas o benefício só foi concedido há duas semanas e divulgado ontem. Sampaio, que mora em Feira de Santana, é pai de José Eduardo, de 2 anos, adotado aos quatro meses. (GLOBO, 2008)

Apesar do claro senso de eqüidade que motivou a decisão, ela não foi isenta de críticas provenientes da forte carga cultural sexista brasileira. Diante dela, o promotor da Vara da Infância e da Juventude, Dinalmari Mendonça Messias (apud GLOBO, 2008), comentou que: “Licença-maternidade é pra quem é mãe. Se a moda pegar, muita gente vai querer ficar sem

trabalhar pra ficar com o filho só porque adotou”. Ao revés da crença do promotor e a despeito da falha técnica ao chamar o objeto em análise de licença-maternidade, seu conteúdo é perfeitamente apropriado, porque se adéqua a uma situação determinada.

Todavia, muitas tentativas de promoção da igualdade material entre os gêneros costumam originar inexplicáveis concessões de vantagens. Uma das medidas perfilhadas pela Caixa Econômica Federal (2009) exemplifica claramente tal realidade. A CEF, no intuito de garantir os direitos da criança e de diminuir as diferenças sexuais no cuidado da prole, passou a conceder até cento e oitenta dias de licença-adoção para seus empregados do sexo masculino que sejam solteiros ou estejam em relação estável homoafetiva<sup>73</sup>.

Apenas no caso em que dois funcionários da Caixa mantenham uma relação homoafetiva e adotem uma criança juntos, aquele que não tiver a paternidade registrada no documento de nascimento deixará de usufruir do benefício. Note-se, entretanto, que, irrazoavelmente, o empregado do sexo masculino em relação heteroafetiva continuou, em todas as hipóteses, a ter a licença adoção restrita.

Uma melhor redação para a regra de licença-adoção foi empregada na Lei Nº. 367/84 do estado de São Paulo. No artigo 1º, sem fazer distinção quanto ao sexo, ela dispõe que “[...] o funcionário público civil do Estado poderá obter licença de 120 (cento e vinte) dias, com vencimentos ou remuneração, quando adotar menor, de até 7 (sete) anos de idade, ou quando obtiver judicialmente a sua guarda para fins de adoção”<sup>74</sup>.

É necessário observar que o esforço em vencer a discriminação por sexo não deve provocar a distinção entre o filho adotado e o filho biológico. Caso ambos os pais de uma criança obtenham licença adoção nos moldes da licença maternidade, será conferido maior cuidado aos recém-nascidos adotados que aos filhos biológicos. Assim, desde que seja reservada maior parcela de tempo para o indivíduo que empreendeu maiores esforços

<sup>73</sup> Rios (2008, p. 57) registra que a discriminação contra gays e lésbicas é uma discriminação em função do sexo porque a conduta homossexual toma como critério a própria existência de dois sexos diferentes. Destarte, a proibição do “casamento gay” constitui um artifício para a manutenção da hierarquia entre os sexos, por meio da manutenção de seus papéis tradicionais. Ademais, o autor demonstra indiferença ao uso da expressão homoafetivo ou homossexual. Ele afirma que uma das manifestações da continuidade do paradigma do homem branco, europeu, cristão, heterossexual é marcada pela designação dos “diferentes” através de expressões novas. A locução “mãe solteira”, por exemplo, indicaria a convivência de uma outra mãe em relação ao protótipo materno. Em suas palavras, “[...] dado o desvalor implícito na idéia de homens ou mulheres que fazem sexo com parceiros do mesmo sexo, propõem-se termos como ‘homoafetivos’ ou assemelhados, preservando-se, assim, o desvalor do sexo entre pessoas do mesmo sexo” (RIOS, 2008, p. 78).

<sup>74</sup> O caráter patriarcal da língua portuguesa prevê que, quando não se deseja fazer distinção de gênero, a palavra empregada deve permanecer na forma masculina (LOPES E., 2007, p. 144). A fim de se evitar a propagação dessa concepção cultural (utilizada freqüentemente nesta pesquisa), o mais apropriado na legislação estadual supracitada seria empregar a seguinte redação: “O Estado de São Paulo poderá conceder ao indivíduo que integra o funcionalismo público civil a licença de 120 (cento e vinte) dias, com vencimentos ou remuneração, quando adotar menor, de até 7 (sete) anos de idade, ou quando obtiver judicialmente a sua guarda para fins de adoção”.

biológicos na gestação, é mais adequado que os genitores ou os adotantes estabeleçam entre si como irão repartir o total de dias destinados aos cuidados do menor. Depois de formalizado o acordo em um órgão público especializado, apresentar-se-ia aos respectivos empregadores o documento comprobatório do ajuste, para, então, usufruir-se o benefício.

Apesar da simplicidade do procedimento sugerido, a força da bipartição legal dos gêneros não costuma nem mesmo permitir a reprovação da doutrina do ‘iguais, mas separados’, tão rechaçada em relação ao critério racial<sup>75</sup>. O apartheid sexual foi apenas superficialmente vencido com as conquistas de educandários mistos, para que as mulheres pudessem usufruir do prestígio gozado no mercado de trabalho por instituições educacionais exclusivamente masculinas<sup>76</sup>. Contudo, persiste e é largamente aceita a separação de banheiros, vestiários e presídios em masculinos e femininos.

Quanto aos sanitários, banheiros e vestiários, não há qualquer argumento razoável para manter a discriminação. A priori, pode-se identificar o direito à intimidade como legitimador da prática separatista. Contudo, a diversidade de preferências sexuais e de gêneros torna possível que um travesti tenha sua privacidade atacada em um banheiro masculino, ou que uma mulher assedie outra no vestiário feminino.

O problema seria facilmente resolvido se fosse determinada a obrigatoriedade da manutenção de corredores vigiados com acesso a salas individuais, onde, de fato, a intimidade fosse preservada. Por sua vez, a higiene relativa à micção poderia ser garantida por assentos eleváveis com sistemas de molas, comuns nos sanitários únicos de ônibus. Indubitavelmente, tais acomodações elevariam custos. Todavia, a própria afirmação dos ‘direitos trabalhistas femininos’ aumenta gastos, mas não deixa de ser perpetuada por isso.

No tocante ao sistema prisional, há motivos reais para proceder à separação. Em relatório entregue à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional, em parceria com outras organizações, apresentou a severa situação de subordinação que vivem as presidiárias no Brasil. As mulheres encarceradas são submetidas à recorrente violência sexual praticada tanto por funcionários das próprias

---

<sup>75</sup> Conferir o artigo 1º, item 4º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (ONU, 1965).

<sup>76</sup> A fim de se exemplificar a luta por educandários mistos, cite-se o caso *United States v. Virginia et al.*, 518 U.S. 515 (1996). Nele, trata-se do Instituto Militar de Virgínia, escola bastante tradicional que facilitava a seus ex-alunos o ingresso no sistema universitário americano. Tal instituição admitia somente alunos do sexo masculino, devido à crença de que apenas eles poderiam suportar seus rigorosos métodos de ensino, baseados na força física e em perturbações psicológicas. O autor do processo ora referido foi o próprio Governo Federal daquele país, que percebia natureza discriminatória na separação. Mesmo a criação de uma Instituição congênere exclusiva para mulheres terminou por ser compreendida como prejudicial, pois uma escola privativa para mulheres não garantiria às alunas o prestígio e os benefícios auferidos pela tradição construída pela instituição.

penitenciárias quanto por presos masculinos em algumas excepcionais cadeias mistas. De acordo com o documento:

Na Cadeia Pública de Mossoró, no estado do Rio Grande do Norte, homens homossexuais estão alocados com as mulheres, pois, por serem travestis, não são aceitos nas celas dos homens. As mulheres se queixam de falta total de privacidade na cela. Na Cadeia Pública de Paulo Afonso na Bahia, as presas dividem a cela com os adolescentes, porque eles não podem ficar na cela com os homens adultos. Duas presas ficaram grávidas e todas reclamam da falta de privacidade (CENTRO PELA JUSTIÇA E PELO DIREITO INTERNACIONAL et al., 2007, p. 25)

Embora tal cenário seja opressor, também não são raros os casos de estupros masculinos em presídios. Mariner (2001, p. 63-64), a serviço da Human Rights Watch, uma ONG inclinada sobre a defesa dos Direitos Humanos, expõe o fato de que, nos Estados Unidos, certos prisioneiros são preferidos para a violentação sexual. Ela afirma que aqueles enquadrados em quaisquer das seguintes características são extremamente propensos a sofrerem estupro: jovens; pequenos; fracos; brancos; *gays*; réus primários; tímidos; intelectuais; ingênuos; homens com características femininas (como cabelo comprido ou voz aguda); homens sem atitudes impositivas e agressivas; ou condenados por ofensa sexual contra menor.

A raça ou o grupo étnico ainda apresentam implicações nos abusos entre prisioneiros do sexo masculino. Apesar de todos eles estarem suscetíveis ao estupro, a violação inter-racial é comum apenas quando envolve brancos não-hispânicos como vítimas de afro-americanos ou hispânicos. Em contraste, os afro-americanos e hispânicos são muito menos abusados por membros de outra etnia. Para estes, a violação ocorre dentro de seu próprio grupo.

Observa-se, pois, que o sexo ou gênero não são os únicos fatores determinantes de abusos nas prisões. A absurda situação de insegurança nos cárceres faz com que o atendimento à reserva do possível imponha arbitrariamente qualquer discriminação que venha a reduzir os riscos suportados pelo Estado. Destarte, não só o sexo *pareceria* um fator de discriminação legítimo para delimitar os espaços de carcereiros e prisioneiros, mas também a raça, a preferência sexual e a altura.

Na atualidade, tal raciocínio precisa ser mantido, por questões práticas. Contudo, em longo prazo, ele deve ser evitado por levar a uma interminável categorização humana. A inviabilidade da extinção do *apartheid* sexual se deve, em grande medida, aos parcos recursos atualmente empregados nos sistemas prisionais ao redor do mundo. É fundamental reconhecer que a segregação sexual carcerária não constitui uma perene materialização da eqüidade,

senão uma potencial discriminação pejorativa a ser reconhecida e combatida, ainda que em um futuro muito distante.

Obviamente, os presídios mistos não poderiam ratificar relações androcêntricas. Eles pressuporiam pessoal altamente qualificado, bem remunerado e supervisionado. Ademais, teriam de contar com celas individuais e áreas de socialização vigiadas, concebidas para que cada presidiário convivesse de forma alternada entre pequenos grupos, de forma a possibilitar a contenção de animosidades. Uma vez que tal modelo parece inalcançável, perpetua-se o mito de que a separação sexual é imperativa, natural e eterna.

Conforme demonstrado, as mulheres não são os únicos indivíduos fragilizados e merecedores de proteção especial. É veiculada a idéia de que a mulher detém menos força física do que o homem, e, por isso, é merecedora de maior proteção. Se forem considerados um mesmo biótipo e uma idêntica faixa etária, tal informação é, na esmagadora maioria das vezes, verdadeira. Os grupos humanos apresentam, porém, numerosos biótipos que interagem entre si (VIGUÉ; MARTIN, 2007, p. 34). Um desses biótipos pode eventualmente oferecer uma fêmea mais forte e ágil do que o macho de um outro biótipo.

Não obstante, é comum que, em processos seletivos de mão-de-obra para trabalhos que exijam habilidades físicas, adotem-se parâmetros eliminatórios distintos para homens e mulheres, segundo as capacidades médias de cada sexo. A medida é tomada como ação afirmativa, a fim de evitar que as mulheres sofram discriminações ilegítimas, ao serem-lhe cobradas aptidões extremas e desnecessárias, mais facilmente detidas por homens.

Apesar das boas intenções dessa tentativa de realização da igualdade material, seria mais razoável determinar a eliminação de um candidato do processo admissional, a partir de sua incapacidade de alcançar o parâmetro mínimo, indubitavelmente necessário para o exercício de uma função. Destarte, pouco importaria o gênero do pleiteante ao cargo. As aferições se restringiriam, objetivamente, à sua aptidão ou inaptidão para determinada atribuição. Como mencionado, esse critério – que não configura discriminação pejorativa – é chamado, no direito estadunidense, de exigência de ‘qualificação ocupacional de boa-fé’.

Nas hipóteses em que a habilidade física é mensurada para efeitos de ordem classificatória, seria preciso que, tendo os candidatos atingido o requisito mínimo (objetivo e único) para o desempenho da função, fossem aplicados aos seus resultados desvios de pontuação subjetivos, compatíveis, não simplesmente com o sexo, mas com suas especificações físicas individuais (como peso, altura e constituição muscular). Dessa maneira, seria garantida a competitividade entre os trabalhadores mais robustos e os mais frouxos e, consequentemente, a eqüidade para homens e mulheres.

No âmbito militar, a submissão de homens e mulheres às mesmas provas é objeto controverso na jurisprudência nacional<sup>77</sup>. Na verdade, muitos dos critérios sexistas empregados nas Forças Armadas Brasileiras são questionáveis. Até mesmo a obrigatoriedade do serviço militar masculino e a isenção do serviço militar feminino, previstas no artigo 143 da Constituição Federal, formam um binômio atentatório contra o princípio da isonomia. A esse respeito, Atchabahian (2004, p. 94) assevera que o mencionado dispositivo não é consentâneo com os ditames da igualdade, e tem seu anacronismo evidenciado em algumas legislações alienígenas, nas quais a igualdade neste campo já atingiu sua plenitude, como Portugal, Itália e Espanha.

Um esboço de justificativa para a diferença da obrigatoriedade militar poderia ser traçado nos moldes do pensamento que instituiu a poligamia no Paraguai após a Guerra contra a Tríplice Aliança (COSTA, 2003, p. 194), oportunidade na qual a preservação das fêmeas foi necessária para o repovoamento do país, devastado pelos conflitos bélicos. Decerto, a baixa populacional em virtude de guerras pode ser mais facilmente revertida se houver um grande número de gravidezes. Porém a preservação de mulheres para tal fim resulta de uma instrumentalização de seus corpos, cega ao fundamento de que todo ser humano é um fim em si mesmo. Ademais, reproduz-se o discurso patriarcal que confina o feminino ao espaço privado. Conforme o estudo antropológico de Mead, se educadas para tanto, mulheres também são capazes da rusticidade exigida nas ações bélicas. A escolha pela carreira militar deveria, pois, ser um *direito* garantido a todos os cidadãos e não uma *obrigação* imposta a quaisquer deles.

<sup>77</sup> Nos tribunais brasileiros, é discutido se, para a admissão na Polícia Federal, seria legítimo submeter mulheres ao teste da barra fixa dinâmica (exercício em que o indivíduo tem de erguer a cabeça acima de uma barra, puxando o próprio corpo pendurado pelos braços). Encontram-se tanto precedentes favoráveis, quanto desfavoráveis ao teste, conforme se exemplifica com as seguintes ementas de decisões do TRF da 1<sup>a</sup> Região: “DGP/DPF. PROVA DE APTIDÃO FÍSICA. CANDIDATA REPROVADA NO TESTE DINÂMICO EM BARRA FIXA. PRETENSÃO DE REALIZAÇÃO DO TESTE NA FORMA ESTÁTICA, EM SEGUNDA CHAMADA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRECEDENTES. [...] 3. Não é razoável candidata reprovada em prova física repetir a mesma, bem como, prosseguir no certame, pois a exigência da prova, teste dinâmico em barra fixa, é legal. A instrução normativa que rege o certame é isonômica e pautada no princípio da legalidade, sendo aplicável indistintamente a todos os candidatos. Afirma-se, ao contrário, razoável a sua exigência, tendo em vista o bom preparo físico de que devem gozar os integrantes das carreiras da Polícia Federal.” (TRF1, 6<sup>a</sup> Turma, AG nº 2005.01.00.018624-3/MG, Relator para o Acórdão: Carlos Augusto Pires Brandão, DJ de 30 jan 2006, p. 74).

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA FEDERAL. PARTICIPANTES DO SEXO FEMININO. TESTE DE BARRA FIXA DINÂMICA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. 1. A aplicação de prova de barra fixa, na modalidade dinâmica, para mulheres, fere o princípio da isonomia, ainda que exigida para homens em critério diverso, visto que subsiste sensível diferença entre o homem e a mulher em sua constituição física e nos aspectos biopsicológicos. Tal diferença, notadamente no que tange à força física, revela-se apta a justificar a disparidade de tratamento entre pessoas do sexo masculino e feminino.” (TRF1, 5<sup>a</sup> Turma, AG 2005.01.00.029810-0/DF, Relator para o acórdão Desembargador Federal Fagundes de Deus, DJ de 10 ago 2006, p.103).

Em relação à ‘costumeira violência masculina’, outra questão de gênero foi levantada nacionalmente pela edição da Lei Maria da Penha (Lei Nº. 11.340/2006), a partir da qual a proteção contra a agressão doméstica que vitima a mulher ganhou instrumentos mais severos do que aqueles previstos na legislação geral. A lei apresenta forte incoerência ao não estender a mesma severidade de tratamento à violência contra os homens no ambiente doméstico. Tal medida deveria resguardar até mesmo as vítimas masculinas que vivem relações homoafetivas.

Segundo Pereira (2009), a Universidade do Minho, em Portugal, realizou estudo que revela que as violências entre os integrantes de casais homoafetivos chegam mesmo a ser maiores do que aquelas praticadas entre casais heteroafetivos. Quiçá a observação de outras violências, que não a do homem contra a mulher especificamente, não tivesse ensejado a criação de uma legislação mais severa. No entanto, tal lei não poderia haver atropelado a consideração da igualdade de gênero. Afinal, o fenômeno social é o mesmo.

A hermenêutica jurídica que estenda a proteção da Lei Maria da Penha aos homens não solucionaria a iniqüidade, pois a falha técnica legislativa aplicada ao modelo legal estaria a ratificar a concepção cultural de que apenas as mulheres são espancadas e ameaçadas em seus lares. A criação de uma legislação reguladora da específica violência contra o homem tampouco mitigaria as diferenças de proteção entre os sexos. Sob as mesmas circunstâncias, quaisquer diferenças de tratamento, por menores que sejam, têm caráter de discriminação pejorativa. Caberia uma legislação única, pensada sob o critério da situação contingente. Foi diante da infundada disparidade de tratamentos que, conforme notícia veiculada no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em agosto de 2009:

O Juiz Alan Peixoto, jurisdicionando em substituição na Comarca de Crissiumal, deferiu medida protetiva de não-aproximação em favor de homem no dia 17.07. Ficou determinado que a ex-companheira permaneça a uma distância mínima de 50 metros, ressalvada a possibilidade de acesso a sua residência, localizada junto ao estabelecimento comercial onde o homem trabalha. (QUADROS, 2009)

Em sentido diverso ao do posicionamento ora defendido, o Supremo Tribunal Federal<sup>78</sup> decidiu que o artigo 100, I, do CPC não viola o princípio da igualdade entre homens

<sup>78</sup> “Em relação ao art. 100, inciso I do CPC, ao longo de mais de duas décadas de vigência da Constituição, a doutrina e a jurisprudência se alinharam segundo três concepções distintas acerca do referido dispositivo legal: (i) a primeira corrente preconiza a sua não recepção pela Constituição; (ii) a segunda corrente, a sua recepção e (iii) a terceira corrente, a recepção condicionada às circunstâncias específicas do caso, em especial levando-se em conta o fato de a mulher se encontrar em posição efetivamente desvantajosa em relação ao marido. [...] não se trata [pois] de um privilégio estabelecido em favor das mulheres, mas de uma norma que visa a dar um tratamento menos gravoso à parte que, em regra, se encontrava e, ainda se encontra, em situação menos

e mulheres (CF, art.5º, inc. I) ao determinar que é competente o foro “[...] da residência da mulher para a ação de separação dos cônjuges e a conversão desta em divórcio e para a anulação de casamento”. Entretanto, embora a decisão se proponha a resguardar o direito daquelas mulheres que ainda se encontram em posição efetivamente desvantajosa em relação ao marido, esquece-se de proteger os homens que se encontram sob a mesma situação em relação à esposa.

Ainda em desconsideração à não binariedade de gêneros, o artigo 10, §3º da Lei Nº. 9.504/1997 prevê que, das vagas para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais, “[...] 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”. Por ser demasiado simplista, tal regra deixa desprotegidos muitos grupos vulneráveis em relação ao gênero, como travestis e transexuais não-operados.

Alfim, conclui-se que a categorização em gêneros é improdutiva para o direito. De fato, as leis deveriam apreciar as situações vividas pelos indivíduos, e não sua pertinência a grupos. Da mesma maneira que a raça não deve constar na certidão de nascimento ou na cédula de identidade do cidadão, o sexo deveria ser omitido. Destarte, além de se promover um tratamento equânime entre homens e mulheres, facilitar-se-ia que os ordenamentos jurídicos fossem receptivos à intersexualidade, ao travestismo e à união civil homoafetiva<sup>79</sup>.

### 3.3 COMPLEIÇÃO FÍSICA

Apesar de guardar um incontável número de estruturas comuns com outros corpos, cada ser humano apresenta uma compleição física única. Não há dois organismos biológicos que, pertencendo a uma mesma espécie, possam ser considerados idênticos. Em uma

---

favorável econômica e financeiramente. A propositura da ação de separação judicial no foro do domicílio da mulher é medida que melhor atende ao princípio da isonomia, na famosa definição de Rui Barbosa de que este consiste em ‘tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigualam’. Ademais, a competência prevista no inciso I do artigo 100 do CPC é relativa, ou seja, se a mulher não apresentar exceção de incompetência em tempo hábil a competência se prorroga; ou a própria mulher pode preferir ajuizar a ação no foro do domicílio do marido ou ex-marido, inexistindo óbice legal a que a ação prossiga, neste caso, no foro do domicílio do réu”. (STF, 2ª Turma, RE 227114 SP, Relator: Joaquim Barbosa, DJe de 16 fev. 2012, p. 45).

<sup>79</sup> Felizmente, mesmo sem haver abolido o gênero do registro civil, o Brasil avançou na luta contra a discriminação pejorativa aos homossexuais, permitindo-lhes direitos até há pouco negados (como o engajamento na carreira militar e o casamento), através de posição consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em cinco de maio de 2011, pela ADPF 132 RJ (julgada em conjunto com a ADI 4.277 DF).

população, o perfil de normalidade geralmente aponta para uma comparação entre a constituição de um indivíduo e a feição média dos que o circundam.

Canguilhem se opõe ao conceito de média comum nas leis da fisiologia. Para o autor a normalidade só pode ser entendida no plano individual da normatividade biológica que aceita as leis naturais em estado patológico dentro do funcionamento do próprio organismo e se relaciona com o meio. “[...] um ser vivo é normal num determinado meio na medida que ele é a solução morfológica e funcional encontrada pela vida para responder às exigências do meio” (CANGUILHEM, 1995, p. 113).

O exame comparativo das anatomias pode levar à conclusão de que, com relação à média, alguns são mais aptos a determinadas atividades, e outros são inaptos ou deficientes. Nesse panorama, em 1980, a Organização Mundial de Saúde publicou, em caráter experimental, a primeira versão da Classificação Internacional de Deficiências, Incapacidades e Desvantagens (CIDID). Segundo o documento, *deficiência (impairment)* seria toda perda ou inabilidade **anormal** de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica.

Associada à idéia de deficiência, apontavam-se também as definições de *incapacidade (disability)* e de *desvantagem (handicap)*. A primeira traduzia as consequências da deficiência do ponto de vista do rendimento funcional, ou seja, dizia respeito às restrições ou impedimentos no desempenho de atividades consideradas **normais** para um ser humano. Por sua vez, a *desvantagem* refletia a inadaptação do indivíduo ao meio ambiente como resultado da deficiência e da incapacidade, resultando em situações limitantes ou impeditivas do desempenho de papéis **normais** para um indivíduo em função de sua idade e sexo, bem como de fatores sociais e culturais. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2003, p. 241).

Após um longo período revisional, a versão final do documento foi endossada pela 54<sup>a</sup> Assembléia Mundial de Saúde em maio de 2001. As principais fragilidades do modelo conceitual anterior assentam-se na falta de relação entre as dimensões que compõem a deficiência, e a não-abordagem de seus aspectos sociais ou ambientais. A fim de contornar o sentido pejorativo dispensado às expressões trabalhadas, o novo instrumento – denominado ‘Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidades e Saúde (CIF) – deixou de dar ênfase às incapacidades e limitações dos indivíduos, e fixou princípios que buscam valorizar suas potencialidades, seus contextos ambientais e o apoio de que necessitam.

Evidentemente, a CIF continua a apreciar a integridade das partes anatômicas do corpo (estruturas) e de seu desempenho fisiológico (funções<sup>80</sup>). Entretanto, ganhou maior relevo a

<sup>80</sup> Entre as funções, incluem-se as mentais.

oposição entre a ‘*funcionalidade*’ e a ‘*incapacidade*’ que o conjunto das características de um indivíduo encontra quando este participa da vida social ou quando ele se depara com certos fatores externos de seu ambiente. Para examinar a funcionalidade de um indivíduo, ainda há de ser considerada a exequibilidade de suas atividades. Estas representam todas as tarefas cumpridas no cotidiano, desde as condutas simples até as que pressupõem as habilidades mais complexas.

As atividades envolvem, por exemplo, a aprendizagem, a aplicação do conhecimento, a comunicação, a mobilidade, os afazeres domésticos, as interações sociais e a auto-suficiência econômica. Sua realização depende de vários fatores ambientais que constituem o meio físico e social onde os indivíduos conduzem suas vidas. Tais componentes se referem a diversos itens, como produtos industrializados, aparelhos tecnológicos, ambientes naturais, serviços e apoios oferecidos pela estrutura familiar e pela assistência social. Até mesmo as diferentes percepções culturais e as legislações relacionadas às características físicas merecem ser sopesadas.

Embora esse novo modelo siga relacionando a palavra ‘*deficiência*’ com a falta de integridade funcional ou estrutural do corpo, ele indica que a *incapacidade* é um fenômeno multidimensional cuja apreciação deve considerar: (a) disfunções fisiológicas ou anatômicas; (b) limitações nas atividades; (c) restrições na participação social; e (d) fatores ambientais, que atuam como facilitadores ou barreiras na inclusão do indivíduo. Dessa forma, a classificação não se presta apenas para medir estados funcionais, ela também fornece subsídios para políticas de inclusão social. A CIF traz uma abordagem biopsicossocial, mais expressiva que o simples parâmetro biomédico baseado no diagnóstico etiológico da disfunção.

A mera biometria pode levar a conclusões equivocadas quanto à adaptação de alguém a seu ambiente. Dois indivíduos com uma mesma doença podem apresentar diferentes níveis de funcionalidade, ao passo que dois indivíduos com o mesmo nível de funcionalidade não têm invariavelmente a mesma condição de saúde (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2003, p. 31). Dois diabéticos cujas mãos direitas foram recém-amputadas apresentarão, por exemplo, diferentes graus de funcionalidade para a escrita se um deles for canhoto.

Em alguns países, como Estados Unidos e Canadá, veicula-se a expressão *pessoas com incapacidades* para se referir a todas aquelas que têm alguma dificuldade de desempenho diante dos obstáculos oferecidos pelo entorno. Assim, o conceito também engloba a população de idosos cujas limitações físicas surgiram com o avançar da idade. No Brasil,

entretanto, o conceito médico de deficiência ainda é muito expressivo (BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2006, p. 11).

A resistência ao termo ‘incapacidades’ pode ser visualizada na própria tradução para o português da *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, chamada nacionalmente de Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, quando, em termos médicos, trata de ‘indivíduos com incapacidades’. A convenção, adotada pela ONU em 13 de dezembro de 2006, foi assinada pelo Brasil em março de 2007 e teve o processo de ratificação concluído em 2 de julho de 2008.

A tradução oficial do artigo 1º do documento define que 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 na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”<sup>81</sup>. Antes da definição da ONU, utilizava-se aquela constante na CIF (LOPES L., 2007, p. 59).

Todavia, com a ratificação da convenção – que passou a atuar com força de emenda constitucional nos termos do artigo 5º, III da Constituição Federal brasileira – obteve-se um novo significado para a palavra ‘deficiência’ nos textos legais brasileiros. A palavra se tornou sinônima do que antes era chamado de incapacidade e, com isso, passou a possuir uma acepção mais aberta e permeável, que depende da análise das situações contingentes em que se insere o indivíduo<sup>82</sup>. De fato, as deficiências são circunstanciais e se referem a determinadas finalidades.

---

<sup>81</sup> No original em inglês: “Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others.” (ONU, 2006)

<sup>82</sup> No Brasil, há um projeto de lei que se inclina à criação de um ‘Estatuto da Pessoa com Deficiência’ (PL 3638/00). Em consonância com o Decreto nº 5.296/2004, a definição de deficiência contida no projeto ainda se baseia nos critérios biomédicos e não no biopsicossocial. Diante desse impasse, Araújo (2007, p. 22-23) sugere que, para alcançar uma maior aplicabilidade do direito, seria ideal a conjunção dos dois conceitos. Dessa sorte, atendido o critério biomédico, o indivíduo seria considerado ‘deficiente’ sem que houvesse qualquer ponderação circunstancial de suas características. Não obstante, haveria uma margem de discricionariedade para incluir aqueles cujos traços não fossem expressamente listados no rol das deficiências. Essa interpretação é bastante falha por não contemplar os diferentes níveis de funcionalidade que um mesmo traço biológico indexado pode apresentar em diversos indivíduos. Eis o conceito de deficiência do projeto:

“Art. 2º Considera-se deficiência toda restrição física, intelectual ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária e/ou atividades remuneradas, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social, dificultando sua inclusão social, enquadrada em uma das seguintes categorias:

I – deficiência física:

a) alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triparesia, hemiparesia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros ou face com deformidade congênita ou adquirida;

b) lesão cerebral traumática: compreendida como uma lesão adquirida, causada por força física externa, resultando em deficiência funcional total ou parcial ou deficiência psicomotora, ou ambas, e que comprometem o

Tal constatação encontra expressão na figura de Daniel Kish, americano cego desde a infância, que aperfeiçoou uma habilidade de eco-localização semelhante à que os morcegos utilizam para se movimentar. Sem o auxílio de qualquer aparelho, ele é capaz de identificar o formato e a distância de objetos quando ouve, a partir deles, o reflexo das ondas sonoras emitidas por estalos de sua língua (STERNE; AKIYAMA, 2012, p. 553). Ao andar de bicicleta, por exemplo, Kish não apresenta a mesma deficiência que muitos outros cegos. O

---

desenvolvimento e/ou desempenho social da pessoa, podendo ocorrer em qualquer faixa etária, com prejuízos para as capacidades do indivíduo e seu meio ambiente;

II – deficiência auditiva:

- a) perda unilateral total;
- b) perda bilateral, parcial ou total média de 41 dB (quarenta e um decibéis) ou mais, aferida por audiograma nas freqüências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz;

III – deficiência visual:

- a) visão monocular;
- b) 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 0,5 e 0,05 no melhor olho e 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; a ocorrência simultânea de qualquer uma das condições anteriores;

IV – deficiência intelectual: funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação no período de desenvolvimento cognitivo antes dos 18 (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;
- h) trabalho;

V – surdocegueira: compreende a perda concomitante da audição e da visão, cuja combinação causa dificuldades severas de comunicação e compreensão das informações, prejudicando as atividades educacionais, vocacionais, sociais e de lazer, necessitando de atendimentos específicos, distintos de iniciativas organizadas para pessoas com surdez ou cegueira;

VI – autismo: comprometimento global do desenvolvimento, que se manifesta tipicamente antes dos 3 (três) anos, acarretando dificuldades de comunicação e de comportamento, caracterizando-se freqüentemente por ausência de relação, movimentos estereotipados, atividades repetitivas, respostas mecânicas, resistência a mudanças nas rotinas diárias ou no ambiente e a experiências sensoriais;

VII – condutas típicas: comprometimento psicosocial, com características específicas ou combinadas, de síndromes e quadros psicológicos, neurológicos e/ou psiquiátricos, que causam atrasos no desenvolvimento e prejuízos no relacionamento social, em grau que requeira atenção e cuidados específicos em qualquer fase da vida;

VIII – deficiência múltipla: associação de duas ou mais deficiências, cuja combinação acarreta comprometimentos no desenvolvimento global e desempenho funcional da pessoa e que não podem ser atendidas em uma só área de deficiência.

§ 1º Considera-se também deficiência a incapacidade conceituada e tipificada pela Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF.

§ 2º Entende-se como deficiência permanente aquela definida em uma das categorias dos incisos ou do § 1º deste artigo e que se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos.

§ 3º As categorias e suas definições expressas nos incisos e § 1º não excluem outras decorrentes de normas regulamentares a serem estabelecidas pelo Poder Executivo, ouvido o Conselho Nacional da Pessoa com Deficiência.”

curioso método usado por ele já foi sistematizado a fim de ser ensinado a outros indivíduos (KISH; BEIBER, 2000).

A relatividade da deficiência também pode ser apontada no caso examinado por Cruz (2005, p. 99), em que um casal homossexual, formado por dois indivíduos surdos desde o nascimento, decidiu gerar uma criança com a mesma condição física. Diante da negativa de todos os bancos de sêmen procurados, utilizaram o esperma de um amigo em cuja família a surdez se manifestou por cinco gerações seguidas. Como justificativa para a decisão, os pais afirmaram que a surdez não é uma deficiência, mas parte de uma identidade cultural.

As características tomadas como deficiências devem, portanto, ser analisadas no contexto em que se inserem, a fim de se evitarem atribuições desconexas de sua realidade. Ninguém é onipotente ou eficiente em todos os aspectos da vida. Cada indivíduo encontra várias deficiências e potencialidades ao longo de sua existência.

### **3.3.1 Uma abordagem histórica da deficiência**

As primeiras controvérsias estabelecidas em torno das alterações históricas na maneira de se contemplar a deficiência surgem a partir da própria denominação do indivíduo que encontra óbices à sua inserção social em virtude de limitações estruturais e funcionais de seu corpo. Vários verbetes já foram utilizados em língua portuguesa para designar esses excluídos.

Luiz Araújo (2007, p. 14) adverte que, atualmente, o termo mais inclusivo para tal referência é '*pessoa com deficiência*'. No entanto, outras expressões já foram adotadas pela legislação brasileira, como, por exemplo, 'deficiente', 'pessoa portadora de deficiência' e '*pessoa com necessidades especiais*'. A primeira delas é descontextualizada e parece denotar que o indivíduo é incapaz de realizar satisfatoriamente qualquer atividade. O segundo termo é recusado por pressupor que a deficiência é carregada como algo que se pode escolher portar ou não. Por fim a locução '*pessoas com necessidades especiais*' sofre rejeição por não delimitar a causa das necessidades que menciona, sendo, portanto, muito abrangente.

O emprego terminológico correto busca evitar estereótipos e permite uma abordagem mais igualitária do tema. Tal preocupação, contudo, é muito recente. Ao discorrer sobre a evolução histórica dos tratamentos destinados a '*pessoas com deficiência*', Laís Lopes (2007, p. 42-49) narra que, na Idade Antiga, elas eram consideradas expressões de inferioridade ante os demais seres humanos. Suas características eram reputadas castigos dos deuses. As

crianças com deficiência não tinham os mesmos direitos dos demais infantes. Elas eram ocultadas no ambiente doméstico como se tivessem alguma infame doença contagiosa.

A beleza do corpo era cultuada na Grécia e em Roma a partir de um dualismo que permitia a segregação de indivíduos com deficiência. Crianças consideradas *imperfeitas* não tinham direito à vida. Em Esparta, a existência dos indivíduos significava uma constante preparação para a guerra. Se, ao serem examinados após o nascimento, apresentassem insuficiências para finalidades beligeras, eram precipitados em um desfiladeiro (CRUZ, 2005, p. 96). Já a Lei das XII Tábuas (451 a.C.) de Roma prescrevia que o filho nascido monstruoso deveria ser imediatamente morto.

De acordo com a gravidade do ilícito, mutilações eram impostas como sanções para infratores no Código de Hamurabi (1.800 a.C.), um dos mais antigos documentos jurídicos conhecidos (VIEIRA, 1994, p. 9). Segundo o artigo 192, o filho que renegasse o pai teria a língua decepada e aquele que, depois de adotado, reconhecesse a casa do genitor biológico perderia o olho. No Código de Manu (1.500 a.C.), a deficiência era motivo para a proibição sucessória. Seu artigo 617 determinava que “[...] os eunucos, os degradados, os cegos e surdos de nascimento, os loucos, idiotas, mudos e estropiados não [seriam] admitidos a herdar”.

Na Idade Média, durante o feudalismo europeu, pessoas com deficiência passaram a integrar grupos de trabalho doméstico. Contudo, a ocorrência de pragas era sempre atribuída à proximidade que a comunidade estabelecia com eles. Em decorrência dessa crença, muitos eram condenados a vagar em penitência para merecer a reversão de suas ‘deformidades’ e afastar os males sociais provocados por sua suposta ‘magia negra’.

Martinho Lutero, ícone do protestantismo contra a Igreja Católica, recomendava no século XV que as crianças com deficiência fossem atiradas aos rios. Leprosos holandeses tiveram os bens confiscados no século XVI, a fim de custear a vida ‘das boas almas que não foram castigadas com a doença’.

Durante a Revolução Industrial, o avanço técnico-científico promoveu uma nova lógica sobre a exclusão. Diante da padronização física das máquinas então desenvolvidas, considerava-se necessária a uniformidade anatômica dos corpos dos operários, para que a relação corpo-instrumento pudesse resultar na máxima produtividade. Aqueles cuja *performance* não fosse satisfatória logo eram aposentados ou privados do direito de trabalhar. Os indivíduos com deficiência não eram incluídos na sociedade. Eles permaneciam na dependência de profissionais que lhes buscavam tratamentos e benefícios.

A teoria evolucionista proposta por Darwin possibilitou, no século XIX, que se justificasse o isolamento sexual e a esterilização de indivíduos com deficiências congênitas sob o argumento de que a transmissão exclusiva dos melhores genes poderia assegurar um aperfeiçoamento da raça humana como um todo. Com o fito de evitar o convívio entre indivíduos com deficiência e aqueles convencionados normais, surgiram, nesse período, muitas escolas especializadas para crianças categorizadas como inválidas.

O Congresso Internacional de Educação para Surdos, ocorrido em Milão proibiu, a partir de 1881, a utilização da língua de sinais no ensino formal. No encontro, cinqüenta e quatro países definiram que a oralidade era superior a língua gestual. Esta forma de comunicação foi coibida durante quase cem anos em escolas e espaços públicos de diversos países. Apenas no final do século XX voltou-se a permiti-la.

Na década compreendida entre 1920 e 1930, leis estadunidenses obrigavam à esterilização de mulheres com deficiências auditivas congênitas ou com quociente de inteligência abaixo da média. Nos anos 1980, legislações semelhantes eram mantidas em dezessete países.

Em 1913, foi criada uma lei na Inglaterra que classificava os indivíduos com deficiência mental em idiotas (se incapazes de proteger-se dos perigos físicos comuns), imbecis (se ineducáveis ou incapazes de responder por seus atos) e defeituosos mentais (se propensos a vícios ou a crimes). Tal legislação possibilitou que crianças com dificuldades de aprendizagem freqüentassem as chamadas escolas sub-normais até o ano de 1973. Na primeira metade do século XX, também houve o encarceramento de cerca de quinhentos e cinqüenta mil indivíduos com alguma limitação física ou sensorial, muitos dos quais apenas foram libertos na década de 1980.

A questão da deficiência passa a ter uma nova abordagem com o final das Guerras Mundiais. Ante o horror enfrentado com os conflitos, o reconhecimento dos direitos humanos deixou de ser apreciado na esfera local e passou ao âmbito global. De acordo com Cruz (2005, p. 102) o assunto foi debatido na América com significativo atraso em relação à Europa. A diferença cronológica deu-se porque os Estados Unidos ingressaram na contenda apenas durante os últimos embates da Primeira Guerra Mundial. Países como França, Inglaterra e Alemanha já haviam sofrido perdas humanas mais significativas nesse período. Inesperadamente, os ferimentos de guerra fizeram surgir um contingente superior a dois milhões de *incapacitados*.

A reivindicação de direitos assistenciais, previdenciários e laborais foi organizada com o surgimento de associações criadas com essa finalidade específica. Tal conjuntura

impulsionou um rápido avanço legislativo, especialmente na França e na Inglaterra. Nos Estados Unidos, a matéria ganhou relevo no fim da Segunda Guerra Mundial, após a qual o número de mutilados cresceu significativamente em virtude dos conflitos daquele país na Coréia e no Vietnã.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 positivou um núcleo indelével de direitos inerentes aos seres humanos de todas as nacionalidades, sexos, idades, raças, credos e posições sociais. Com a universalização do reconhecimento da dignidade, também se criticou a segregação dos indivíduos com deficiência, e se exaltaram seus direitos.

A Assembléia Geral e o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas iniciaram, nos anos 1950, a aprovação de resoluções sobre prevenção e reabilitação. Em 1955, a Organização Internacional do Trabalho lançou a Recomendação nº99 sobre a reabilitação de indivíduos com deficiência.

A Assembléia Geral da ONU aprovou, em 1971, a Resolução 28/56, por meio da qual estabeleceu a Declaração dos Direitos do Retardado Mental, cujo enfoque era a advertência de que a incapacidade do exercício pleno de direitos não pode levar à completa supressão destes. Em 1975, com a Declaração dos Direitos dos Impedidos (Resolução 34/47), exaltou-se a necessidade de medidas que possibilassem a maior autonomia possível aos indivíduos com deficiência. Seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais foram mais uma vez corroborados.

A concepção dos direitos humanos dos indivíduos com deficiência marcou a década de 1980. Ao proclamar 1981 como o Ano Internacional das Pessoas com Deficiência, a Assembléia Geral das Nações Unidas, abrigou em sua Resolução 31/123 a perspectiva de que a imagem dessa categoria depende das atitudes sociais. Com foco na prevenção de deficiências, na reabilitação e equiparação de oportunidades, em 1982 a Assembléia também aprovou o Plano de Ação Mundial relativo às Pessoas com Deficiência (Resolução 37/52), primeiro documento a definir a deficiência em função da interação de uma característica com o entorno.

Para garantir a execução do Plano de Ação Mundial, o período entre 1983 e 1992 foi declarado a Década das Nações Unidas para as Pessoas com Deficiência. No decorrer desse decênio, constatou-se a necessidade de elaboração de uma doutrina que orientasse as prioridades para um reconhecimento mais forte dos direitos estabelecidos. Surgiu, então, a recomendação da redação de uma convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra os indivíduos com deficiência. No entanto, àquela época, os

governos de muitos países acreditavam que os documentos já existentes poderiam garantir ao grupo o gozo de seus direitos.

O Conselho Econômico e Social das Nações Unidas autorizou, em maio de 1990, a Comissão de Desenvolvimento Social a estabelecer um grupo de trabalho para elaborar regras gerais sobre os direitos dos indivíduos com deficiência. Uma vez que não havia suporte suficiente para a edição de uma convenção a respeito do tema, em 1993, foram aprovadas por meio da Resolução 44/70, as Normas Uniformes para Equiparação de Oportunidades das Pessoas com Deficiência. Apesar de tais normas não constituírem um tratado formal com efeito vinculante, a concisão e inovação de suas recomendações atribuíram-lhe destaque em relação aos outros documentos sobre o tema.

A Organização dos Estados Americanos adotou em 1999 a Convenção Americana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. O documento tornou-se referência de atuação regional. Segundo seu artigo 1º, “[...] o termo ‘deficiência’ significa 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”.

Em continuidade aos esforços empreendidos até aquele momento, a cidade de Estocolmo, na Suécia, sediou, no ano de 2000, uma reunião em que foram discutidos muitos mecanismos de vigilância dos direitos das pessoas com deficiência. No mesmo ano, realizou-se a Conferência Mundial de ONGs, na qual se aprovou a Declaração de Beijing e se diligenciaram medidas para apoiar a elaboração de uma convenção específica.

Durante uma Conferência Mundial das Nações Unidas contra o Racismo, realizada em Durban no ano de 2001, o presidente do México, Vicente Fox, solicitou a inclusão de um parágrafo sobre a necessidade de uma ‘Convenção Internacional para a Proteção e Promoção dos Direitos e Dignidade das Pessoas com Deficiência’. Naquele ano foi aprovada a Resolução 56/168 na Assembléia Geral da ONU e, com ela, autorizou-se a criação de um Comitê para que, com a colaboração de todos os Estados Membros, fossem examinadas as propostas para a ‘Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência’. Em 2006, o documento foi aprovado, seguindo a tendência internacional de especificação do sujeito.

A Convenção beneficiou aproximadamente seiscentos e cinqüenta milhões de indivíduos com deficiência no mundo. Esse número representa cerca de um décimo da população mundial e está distribuído majoritariamente (80%) entre os países em desenvolvimento (LOPES, L., 2007, p., 57). O IBGE (2011b) aponta que, em 2010, 6,7% da população brasileira, apresentava alguma deficiência severa.

Conforme Luiz Araújo (2007, p. 13), entre as Constituições brasileiras, a de 1934 foi a que esboçou as primeiras preocupações com a deficiência. Seu artigo 138 assegurava o amparo aos ‘desvalidos’. Na Constituição de 1937, o artigo 127 mantinha esse mesmo posicionamento. A Magna Carta de 1946 amparava o trabalhador que se tornasse ‘inválido’ (artigo 157, inciso XVI). Utilizando a expressão ‘excepcional’ para tratar de indivíduos com deficiência intelectual, o artigo 167 da Constituição discorria sobre a educação do referido grupo. O termo deficiente foi empregado na Emenda Constitucional nº. 12 de 17 de outubro de 1978, que também cuidou do tema. Todavia, somente com a Constituição Federal de 1988 a inclusão social do grupo foi enfaticamente perseguida.

O início do século XXI pareceu afastar, de modo mais claro, o histórico de invisibilidade que se institucionalizou por milênios sobre os indivíduos com deficiência. Ganhou expressão a luta contra estereótipos de incapacidade e dependência, que se rendem às aptidões encontradas na diversidade.

### **3.3.2 Ações afirmativas para ‘pessoas com deficiência’**

Isolados, muitos dos traços reputados como determinadores de deficiências são apenas características. A deficiência é resultante de uma convergência de fatores socioambientais. Tal abordagem é fruto dos espaços conquistados pela perspectiva da inclusão social, muito mais avançada que a da integração social<sup>83</sup>.

Diferentemente da inclusão, o processo de integração não favorece todos os indivíduos, mas somente aqueles que possuírem condições de se integrar. Aos que não se enquadram nas exigências integrativas resta um tratamento segregado, especializado no atendimento de suas necessidades (PONTES, 2007, p. 161).

Nos modelos inclusivos, os ambientes precisam sofrer alterações que permitam o atendimento das necessidades provocadas por diferentes estruturas e funções corporais. As tentativas de inclusão fomentam esforços bilaterais dos indivíduos com deficiência e daqueles responsáveis pelo seu entorno. Todos se articulam para o efetivo respeito às diferenças. Não há meia inclusão, ela tem de ser total e incondicional.

---

<sup>83</sup> Exemplo da perspectiva da integração social pode ser contemplado no artigo 2º, parágrafo único, inciso I, alínea f, da Lei Nº 7.853/1989, que garante “[...] a matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoas portadoras de deficiência capazes de se integrarem no sistema regular de ensino”. (grifo do pesquisador).

Esse irreversível posicionamento internacional se apóia no princípio da exclusão *zero*, na celebração das diferenças, no direito de pertencer a grupos, na valorização da diversidade humana, na solidariedade humanitária e na idéia de cidadania com qualidade de vida. Seus contornos se delimitaram na Assembléia das Nações Unidas, em 1990, por meio da Resolução 45/91, que define uma sociedade para todos.

Não se trata de assistencialismo, mas de uma questão de direitos humanos. A inclusão social significa possibilitar o acesso aos serviços públicos, aos bens culturais e aos produtos decorrentes do avanço social, político, econômico e tecnológico da sociedade. Para tanto, destaca-se o dever de elaboração de *desenhos universais*, definidos pelo artigo 2º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência como “[...] a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados, até onde for possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico”.

Certamente, a concepção de desenhos universais não pode dispensar auxílios especializados em situações particulares. A obrigatoriedade de crianças com deficiência em escolas regulares, por exemplo, não as faz prescindir de atendimento direcionado. O objetivo da universalização de desenhos é tão-somente promover a autonomia individual.

Assim, deve-se tirar proveito dos avanços tecnológicos, para assegurar a instalação de dispositivos facilitadores, como rampas de acesso entre os pavimentos dos edifícios e pisos podotáteis. Essas simples medidas evitam que usuários de cadeiras de rodas tenham de ser carregados por alguém através de escadas, ou que muitos cegos necessitem de guias humanos durante sua locomoção. Segundo Bobbio (2000, p. 51), a autodeterminação é a possibilidade de um indivíduo orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade, sem ser determinado pelo querer dos outros. É a capacidade de se mover sem ser movido, intimamente ligada à dignidade humana.

Enquanto o desenho universal aponta para a inclusão, o desenho adaptável se relaciona com a idéia de integração. A principal diferença entre os dois conceitos é que, neste, deseja-se, circunstancialmente, eliminar as barreiras existentes nos ambientes. No primeiro, a meta é exigir de arquitetos, engenheiros e desenhistas industriais que nem sequer incorporem elementos obstrutivos nos projetos de construção de ambientes e utensílios.

Sob o enfoque da funcionalidade, as discriminações positivas legais que levem em consideração alguma deficiência têm de se inclinar ao exame das situações concretas e prescrever medidas com que guardem estreito vínculo factual. De tal maneira, a reserva de vagas de estacionamento mais próximas aos acessos dos prédios é evidentemente legítima quando direcionada indistintamente para quaisquer indivíduos com determinado nível de

dificuldade de locomoção. Não obstante, a reserva constitucional brasileira de vagas no serviço público para os mesmos indivíduos (artigo 37, VIII) parece descabida por não significar necessariamente uma promoção de igualdade material.

Ao fazer distinção entre as ações afirmativas que corrigem hipossuficiências individuais e aquelas que favorecem indivíduos devido a seu pertencimento a grupos, Gluck (2004, p. 122) asserta que as últimas são rechaçáveis quando direcionadas a determinado gênero ou etnia. No entanto, o autor afirma que, ante a impossibilidade prática de se discernir entre os dois tipos de ação afirmativa aplicados a indivíduos com deficiência, ambos lhes seriam legítimos.

Nem todas as medidas a favor dos indivíduos com deficiência são medidas individualizadas de igualdade. Muitas têm a mesma estrutura que aquelas a favorecerem mulheres e negros. Imagine-se, por exemplo, um indivíduo com paraplegia a competir pela função de diretor de banco, a qual pode desempenhar com total produtividade. Se ele tiver as mesmas oportunidades para alcançar o mérito exigido de seus oponentes sem deficiências biomédicas, a ação afirmativa que lhe garanta o posto – superando os maiores méritos profissionais dos rivais – não seria uma medida de igualdade.

Nesse caso, as dificuldades de acesso ao emprego seriam resultantes de seu pertencimento a um grupo vulnerável, o qual, em certa medida, sofre o mesmo estigma de imagem que os negros ou as mulheres em um mundo dominado pelo homem branco sem deficiências biomédicas. Haja vista a paraplegia não supor uma desvantagem natural para competir pelo trabalho, não se compensaria uma desigualdade material individual. Valorizar-se-ia apenas o pertencimento a uma categoria estigmatizada.

Segundo Gluck, apesar de tal compensação não ser completamente correta do ponto de vista técnico, ela seria aceitável, porque embora a característica possa não representar uma deficiência para o acesso ao bem social contemplado, seguramente, ela determinará obstáculos para acessar muitos outros. O indivíduo com deficiências pode competir por determinado trabalho em igualdade de condições, mas tem a oferta de emprego mais restrita por sua condição. O autor ainda atesta que seria absolutamente impossível distinguir entre medidas individuais e coletivas referentes à deficiência, uma vez que ambas partem dos mesmos enunciados jurídicos.

O entendimento exposto, contudo, possui algumas falhas. A primeira delas é supor que o fato de dois tipos de medida partirem dos mesmos enunciados jurídicos tenha o condão de fazer com que a legitimidade de um sane as insuficiências do outro. Em segundo lugar, as cotas rígidas concebidas para indivíduos com deficiência correm o risco de descontextualizar

as características humanas, provocando um retrocesso aos conceitos biomédicos de deficiência. A terceira falha do entendimento do autor é desconsiderar que quaisquer indivíduos que se profissionalizem em uma área de trabalho intelectual dificilmente realizarão outro trabalho senão aquele para o qual se capacitaram. Isso lhes traz inevitáveis limitações para a realização de outras atividades remuneradas.

Decerto, as paisagens citadinas e rurais estão muito longe do ideal de inclusão. Não obstante, a suposição de que um traço ‘certamente’ impedirá outras oportunidades de trabalho reforça os estereótipos e ignora os diversos graus de funcionalidade que indivíduos com especificações semelhantes podem alcançar. Um surdo de nascença tem seu processo cognitivo alterado de forma diversa daquele que desenvolveu essa característica na idade adulta. Necessidades diferentes requerem tratamentos diferentes.

É muito mais razoável que, nas disputas pelos bens sociais escassos – como os postos de trabalho – os indivíduos tenham a avaliação do mérito temperada nas suas pontuações de classificação através da incidência de diferentes acréscimos ou bonificações, conforme o grau de deficiência medido em cada caso concreto. Um mesmo traço poderia ser determinante de discriminação positiva em um contexto e, em outro, não. Isoladamente, a compleição física é irrelevante na determinação de ações afirmativas. Ela precisa ser contextualizada para que se verifique seu nível de funcionalidade.

As cotas reservadas para indivíduos com deficiência pautam-se em uma existência coletiva dessa categoria e essencializa seus componentes. Assim, em vez de garantir a *acessibilidade* do grupo aos bens sociais, garante seu *acesso*<sup>84</sup>. Por sua vez, a técnica ora proposta não se limita a percentuais pré-estabelecidos. Ela permite que seja garantida a acessibilidade a cada indivíduo em situação de hipossuficiência e, de modo reflexo, promove a representação do grupo vulnerável a que ele pertence.

---

<sup>84</sup> A *acessibilidade* é a possibilidade viável de concretização do *acesso*. Enquanto aquela se refere a uma probabilidade, este designa um fato.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ações afirmativas são imprescindíveis para a realização da igualdade material. Elas não se referem apenas aos tratamentos benéficos dados a grupos em decorrência de características identitárias. Na verdade, sua concretização ocorre sempre que se buscam vencer hipossuficiências surgidas da especificidade individual. Prescrições legais concebidas a partir das necessidades do ‘homem médio’ não bastam para atender esses particularismos.

Certamente, as ações afirmativas cumprem papel de suma importância ao servirem de paliativos no contrapeso de falhas prestacionais do Estado quanto a vários serviços em áreas fundamentais, como saúde e educação. O dever de evitar iniquidades futuras através do combate às *causas* de discriminações pejorativas não silencia o clamor pela inclusão daqueles indivíduos que, durante suas vidas já sofreram os *efeitos* prejudiciais oferecidos pela reiteração de danosos padrões econômicos e culturais. Portanto, o instituto da ação afirmativa não é temporário. Ele apresenta apenas aplicabilidade temporária sobre indivíduos distintos.

A preservação da dignidade é o mais significativo fundamento para a promoção da eqüidade. Esse parâmetro não pressupõe a avaliação do indivíduo enquanto um ente abstrato, mas sua contemplação enquanto ser concreto. Os verdadeiros beneficiários dos direitos conferidos aos grupos são, na realidade, os subgrupos unitários que os compõem – os seres humanos. Tentativas de especificar sujeitos de direito a partir de categorizações firmadas em características identitárias são extremamente falhas por prejudicarem o exame das situações.

Não se deve negar, com isso, a função histórica que as lutas pelos direitos coletivos de grupos vulneráveis tiveram na celebração da concretude da pessoa humana. Até mesmo o ‘universalismo’ cego às diferenças cumpriu importante papel ao negar privilégios de nascença. Celebrado o valor do indivíduo, é preciso continuar perseguindo maneiras de aperfeiçoar o direito à unicidade e à diferença. Interesses públicos não têm o condão de ditar condutas de resultados duvidosos quando provocam sabidos prejuízos a indivíduos. O interesse público, enquanto ficção, é subsidiário ao individual e somente pode prosperar quando os atos que visam a garanti-los são muito bem fundamentados.

A crença de que é possível especificar sujeitos de direito através de categorizações segundo características identitárias pontualmente compartilhadas é inocente e perigosa. Todavia, tais categorizações não são imprestáveis para quaisquer propósitos. Sua utilidade se revela em mobilizações políticas contra opressões que restariam silenciadas caso não se reunissem vozes em torno de uma causa compartilhada.

O reconhecimento de grupos identitários, no entanto, não deve ser superestimado como forma de luta contra-hegemônica. Essa postura leva ao risco de se criarem sub-hegemonias que multiplicam conflitos, tornando-os cada vez mais específicos. De tal sorte, é preciso edificar uma verdadeira consideração da diferença, que prospere mesmo quando o indivíduo em situação de hipossuficiência não participe de grupos estereotípicos.

Inegavelmente, mulheres, homossexuais, negros e ‘pessoas com deficiência’ constituem grupos vulneráveis. Entretanto, é necessário reconhecer que a humanidade, em sua inteireza, também é um grupo vulnerável, dentro do qual diversos indivíduos estão expostos a diferentes riscos. A delimitação de um grupo vulnerável é uma construção artificial que passa pela discricionariedade do observador. Análises circunstanciais definem situações de risco de modo mais coerente do que a valorização de identidades.

Em última análise, porém, as chamadas características identitárias também são contingências, uma vez que é possível transitar entre elas. Homens tornam-se mulheres, negros tornam-se brancos e ouvintes tornam-se surdos. Contudo, a estima exagerada de categorizações delimitadas sobre identidades cristaliza as interpretações do Direito.

Dois indivíduos em diferentes e remotas ilhas desertas podem, por exemplo, encontrar-se aparentemente em situações equivalentes. No entanto, quando se percebe que um deles tem acesso a um veículo capaz de levá-lo de volta ao convívio social, enquanto o outro não dispõe de qualquer meio de transporte ou comunicação, visualiza-se uma extrema disparidade de contextos. As leis têm de estar abertas à suscitada largueza de percepção. Fatos análogos têm que ser disciplinados pelas mesmas normas, e não por regimes desvinculados.

A despeito das críticas feitas às políticas identitárias, não se deve olvidar que o critério das situações contingentes também apresenta falibilidades e dificuldades de aplicação. A possibilidade de fraude no exame das situações pode permitir que indivíduos desfrutem indevidamente de benefícios. Contudo, diferentemente do critério identitário, o critério da situação contingente não legitima o gozo de vantagens por aqueles que prescindem delas. É justamente a necessidade de ampliar o rol de beneficiários das ações afirmativas e de evitar vantagens impróprias que torna o critério sugerido preferível àquele da identidade.

Inexistem motivos para que se concebam legislações viciadas por óbvios limites de aplicabilidade. Apesar de, muitas vezes, ser possível contornar as falhas por meio de interpretações jurídicas extensivas, elas não deixam de representar ameaça à dignidade dos indivíduos desajustados aos padrões convencionais. Assim, de acordo com a teoria do ‘bode expiatório’ o branco que sofre racismo em comunidades negras corre o risco de ser visto como merecedor dele, em decorrência do revanchismo contra as recorrentes opressões raciais.

Tem-se de dar um passo adiante na defesa dos grupos vulneráveis. Isso não significa que todos os objetivos pretendidos pelas ações afirmativas pautadas em identidades tenham sido atingidos. Ainda há, na verdade, um extenso caminho a ser percorrido no sentido apontado por elas. As inovações não se direcionam a desfazer as conquistas alcançadas, a duras penas, pelos grupos vulneráveis. Almeja-se, somente, o ajuste do rol de beneficiados.

Em vez de estimular a infinita setorização de categorias humanas, o Direito deve amparar uma idéia de solidariedade universal. Embora seja salutar que a promoção de indivíduos pertencentes a certos grupos identitários possa induzir os demais integrantes a perseguirem aspirações mais ambiciosas, beneficiar alguém com o fito de servir de modelo significa considerá-lo um meio para a produção de um resultado, e não um fim em si mesmo.

O surgimento de modelos dentro de categorias específicas tem de ser um efeito colateral das ações afirmativas. Afinal, nenhum papel social deve estar restrito para quaisquer indivíduos ou grupos. Isso não quer dizer que alguns em especial tenham acesso *garantido* a bens escassos. Significa somente que tal acesso seja *possibilitado* a todos indistintamente. A extinção de alguns dos estereótipos mais amplamente difundidos não deve tampouco ser tomada como a principal consequência das ações afirmativas. Estereótipos são inevitáveis artifícios de cognição. Não se pode condenar sua existência. Deve-se apenas evitar que a difusão de modelos advindos de prejulgamentos definam expansões ou restrições de direitos.

É imprescindível que se mantenha uma coerência de atuação por parte dos poderes públicos. Se ninguém pode se prejudicar por ser considerado um meio de atuação estatal, também não deve ser indevidamente beneficiado por instrumentalizações de sua dignidade. Afinal, discriminações positivas indevidas são nada mais do que uma outra face das discriminações negativas ilegítimas.

As evidentes dificuldades de investigação dos fatos não podem intimidar as tentativas de implementação da exclusividade do critério das situações contingentes em ações afirmativas. Exames sobre os contextos sociais concretos podem parecer perigosos, na medida em que dependem da discricionariedade do avaliador, sujeito a suas próprias crenças culturais. Nenhum ser humano consegue ser totalmente imparcial durante a cognição dos fatos. Não obstante, a indicação de quais grupos identitários devem ser especialmente protegidos é igualmente parcial e tolhe a apreciação dos fatos.

Destarte, a face negativa do princípio da igualdade é aperfeiçoada pelo critério das situações contingentes. Este não afasta a discriminação descabida de apenas alguns grupos, mas de todos eles. Até mesmo as formas indiretas de discriminação são combatidas pelo referido critério a partir do ataque à utilização injustificada dos mais simples discrímenes.

A despeito de exigir maiores diligências, a tomada de ações positivas também é permitida pelo parâmetro oferecido. Contudo, ela pressupõe a formação de um robusto e eficiente aparato estatal de investigação para a concessão de benefícios. As investigações sociais não decorrem de qualquer conceito inédito, mas precisam ser bastante ampliadas, a fim de se tornarem o fundamento do único tipo de medida especial juridicamente aceitável.

A instrumentalização dessas investigações deve ser alcançada por meio de estudos realizados em diversas ‘ciências sociais’ relacionadas ao Direito, porém alheias a ele. Trata-se, por exemplo, do uso de saberes próprios da Economia, da Antropologia, da Psicologia e do Serviço Social. A completa operacionalidade do critério das situações contingentes depende do cruzamento de dados obtidos a partir de todas essas áreas do conhecimento.

Tamanha tarefa demanda extensas pesquisas sobre cada tipo específico de exclusão sociocultural. Nos casos de ações afirmativas voltadas a competições, tais abordagens minuciosas permitirão a quantificação das bonificações a serem oferecidas às vítimas das mais diversificadas hipossuficiências. Embora questões de subordinação cultural nem sempre possam ser matematicamente descritas e remediadas, a própria delimitação de riscos a partir de identidades encontra na estatística – e, portanto, na matemática – o mais forte argumento.

A exclusividade do critério das situações contingentes não se aplica de pronto a *ações positivas*, uma vez que estas dependem da elaboração de estudos específicos e de uma forte estrutura administrativa. Todavia, as *abstenções* informadas pelo mencionado critério podem conviver temporariamente com ações positivas marcadas pela consideração de identidades.

Não há motivos para se conservar a existência de regimes diferenciados para grupos quando a igualação de previsões legais é capaz de extinguir as indesejadas manifestações de discriminação. Sem abrir mão da clareza, a boa técnica legislativa exige que as inúmeras matérias jurídicas sejam reguladas com a menor quantidade e extensão de leis.

O maior desafio ao se abandonarem os critérios identitários como definidores de ações afirmativas orbita em torno do incremento da insuficiência de proteção aos grupos vulneráveis. É temeroso que, em vez de expandir o número de beneficiários das igualações positivas, o resgate do universalismo venha acompanhado de mais intensas segregações contra uma maior quantidade de indivíduos. Contudo, esse receio não pode obstaculizar o atendimento das necessidades daqueles que se encontram à margem de categorizações estereotípicas. Aos Estados é vedado que, sob o argumento da falta de específica previsão legal, eles se esquivem de proteger os direitos que tomaram por fundamentais.

A melhor forma de lograr o oferecimento equânime de amparos é a adoção do universalismo estratégico. Não se trata da exaltação da igualdade formal por uma defesa

inconsequente do direito da antidiferenciação. Antes, busca-se a perspectiva da anti-subordinação. Porém, ela não há de ser projetada seletivamente em alguns segmentos sociais, mas universalmente sobre qualquer indivíduo que sofra a subalternidade. Se o pertencimento a grupos vulneráveis quantitativamente menos expressivos for posto como justificativa para a construção de tratamentos preferenciais entre categorias sociais, então restará desarticulada a própria lógica informadora das ações afirmativas, freqüentemente estabelecida como a compulsoriedade do oferecimento de proteção às minorias.

Sem dúvidas, a subordinação econômica difere da subordinação cultural. Não é recomendável que se utilizem ações afirmativas voltadas à distribuição de bens sociais como solução para os problemas trazidos pelas opressões culturais. Trata-se de linhas paralelas de ação. Ao se levantarem críticas à simplicidade do critério econômico nas ações afirmativas, não se pode esperar que medidas especiais voltadas à ascensão econômica de grupos identitários venham a pôr um fim à questão cultural.

A dimensão psicológica da subordinação é a mais difícil de mensurar e vencer. Considerar que todo indivíduo do sexo feminino, negro ou surdo se vê diminuído significa não deixar espaço para pontuais e gradativos câmbios da perspectiva social. Em nome da dificuldade do exame das autopercepções, não se pode, contudo, simplesmente ignorar a fragilidade da auto-estima de tantos indivíduos pertencentes a essas categorias.

Nesse ponto, a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência da Organização das Nações Unidas representou grande avanço na determinação de tratamentos díspares. Ela se afastou de critérios médicos simplistas e passou a examinar os contextos em que se encontram os indivíduos com alguma estrutura anatômica ou função fisiológica distinta daquela havida pela controversa figura do ‘homem médio’.

O referido documento talvez signifique o prenúncio de uma tendência a ser seguida no âmbito do combate à subordinação sociocultural. A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, apresentam propostas ultrapassadas pela concepção apresentada na recente Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, datada de 2006.

Os modelos de ações afirmativas dependentes da contextualização de qualidades individuais têm de abranger não apenas as ‘deficiências’, mas todas as características classicamente consideradas como determinantes de hipossuficiências. As ações afirmativas não podem ser concebidas como um corte estrutural na forma de se ver o Direito. Afinal, toda negação de aptidões, seja ela total ou parcial, requer os mesmos métodos de perquirição.

## REFERÊNCIAS

ÁFRICA do Sul dá status de cidadão negro a chineses. **BBC Brasil**. 18 jun 2008. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2008/06/080618\\_chineses\\_africado\\_sulrg.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2008/06/080618_chineses_africado_sulrg.shtml)> Acesso em: 05 jan. 2012

AGRA ROMERO, Maria Xosé. Feminismo y justicia: en torno a los derechos humanos. In: ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. **Justiça e direitos humanos**. Braga: Universidade do Minho/ Centro de Estudos Humanísticos, 2001, p. 133-156.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004

\_\_\_\_\_. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ruth Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALLPORT, Gordon W. The nature of prejudice. In: STANGOR, Charles. **Stereotypes and prejudice**. Philadelphia: Psychology Press, 2000, p. 20-48.

ALMEIDA, Aníbal. Sobre o espaço lógico da discriminação. In: FACULDADE de Direito de Coimbra. **Boletim de Ciências Económicas**. Coimbra. v.40, p. 1-12, 1997.

ALVARES, Claudia. **Humanism after colonialism**. Berna: Peter Lang, 2006.

AMIRALIAN, Maria Lúcia Toledo Moraes. **Compreendendo o cego: uma visão psicanalítica da cegueira por meio de desenhos-estórias**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1997.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos**: esquematizado. São Paulo: Gen: Método, 2011.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Sistema penal máximo x cidadania mínima – códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANJOS FILHO, Roberio dos. Minorias e grupos vulneráveis: uma proposta de distinção. In: ROCHA, J. C. C.; HENRIQUE FILHO, T. H. P.; CAZETTA, U. (Coords.). **Direitos humanos: desafios humanitários contemporâneos: 10 anos de Estatuto dos Refugiados (Lei n. 9474 de 22 de julho de 1997)**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 341-380.

ARAÚJO, Joel Zito. Identidade racial e estereótipo sobre o negro na TV brasileira. In: GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo; HUNTLEY, Lynn. (orgs.) **Tirando a máscara: ensaios sobre o racismo no Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 77-96.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. Em busca de um conceito de pessoa com deficiência. In: GURGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. **Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007, p. 11-24.

ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991

\_\_\_\_\_. **Ética a Nicômaco**. Trad. António Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da igualdade e ações afirmativas**. São Paulo: RCS, 2004.

BAGÚ, Sérgio. **Economía de la sociedad colonial – ensayo de historia comparada de America Latina**. Buenos Aires: El Ateneo, 1949.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

\_\_\_\_\_. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

BARON-COHEN, Simon. **Diferença essencial: A verdade sobre o cérebro de homens e mulheres**. Trad. Neusa Capelo. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.

BARROS, Alice Monteiro de, **Curso de Direito do Trabalho**; 5 ed. São Paulo: LTR, 2009.

\_\_\_\_\_. **A mulher e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

BEATIE, Thomas. **The labor of love: the story of one man's extraordinary pregnancy**. Berkeley: Seal Press, 2008.

BEAUVIOR, Simone de. **O segundo sexo: a experiência vivida**. Trad. Sérgio Milliet. 2 ed. Sã Paulo: Difusão Européia do Livro, 1967

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos. A Insurreição da Aldeia Global contra o Processo Civil Clássico : apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Edis (coord.) **Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 70-151.

BERCOVICI, Gilberto, **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005

BERGMANN, Barbara. **In Defense of Affirmative Action**. Nova Iorque: Sage Publications, 1997.

BERNARDINE, Joaze. Ação Afirmativa e a Rediscussão do Mito da Democracia Racial no Brasil. **Estudos Afro-Asiáticos**. Rio de Janeiro: Ano 24, nº 2, p. 247-273, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4 ed. São Paulo: Ediouro, 2000.

BONELLA, Alcino Eduardo. Utilitarismo e ética. In: OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de; SOUZA, Draiton Gonzaga (Orgs.) **Justiça e Política: homenagem a Otfried Höffe**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 75-86.

BOURDIEU, Pierre. Esboço de uma teoria da prática. In: ORTIZ, Renato (org.). **Pierre Bourdieu: Sociologia**. Trad. P. Montero e A. Auzmendi. São Paulo: Ática, 1983, p. 46-81.

BOYLE, Kevin. Hate speech. The United States versus the rest of the world? **Maine Law Review**, v. 53, n. 2, p. 487-502, 2001.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 2 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 03 dez. 2010.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, decretada em 10 de novembro de 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm)>. Acesso em: 2 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm)>. Acesso em: 2 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. **Decreto N°. 5.296**, de 2 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm)>. Acesso em: 8 mar. 2011.

\_\_\_\_\_. **Decreto N°. 19.482**, de 12 de Dezembro de 1930. Limita a entrada, no território nacional, de passageiros estrangeiros de terceira classe, dispõe sobre a localização e amparo de trabalhadores nacionais, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19482-12-dezembro-1930-503018-republicacao-82423-pe.html>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. **Decreto N°. 21.076**, de 24 de fevereiro de 1932. Decreta o Código Eleitoral. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei N°. 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 6 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei N°. 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 6 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei N°. 5.452**, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 03 dez. 2010.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional N°. 12**, de 17 de outubro de 1978. Assegura aos Deficientes a melhoria de sua condição social e econômica. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/emecon/1970-1979/emendaconstitucional-12-17-outubro-1978-366956-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 2 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei N°. 4.121**, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4121-27-agosto-1962-353846-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei N°. 5.465**, de 3 de julho de 1968. Dispõe sobre o preenchimento de vagas nos estabelecimentos de ensino agrícola. Disponível em: <[http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=5465&tipo\\_norma=LEI&data=19680703&link=s](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=5465&tipo_norma=LEI&data=19680703&link=s)>. Acesso em: 20 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. **Lei N° 5.856**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 03 mar. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei N° 6.216**, de 30 de junho de 1975. Altera a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6216.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei N°. 7.853**, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm)>. Acesso em: 8 mar. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei N°. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei N°. 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm)>. Acesso em: 5 out. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei N° 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm)> Acesso em: 06 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. **Lei N°. 9.504**, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei N°. 10.421**, de 15 de abril de 2002. Estende à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10421.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10421.htm)>. Acesso em: 5 out. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei N°. 10.741**, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei N°. 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 6 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei N°. 12.441**, de 11 de julho de 2011. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/ L12441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/ L12441.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei N°. 3.198, de 7 de junho de 2000. Institui o Estatuto da Igualdade Racial, em defesa dos que sofrem preconceito ou discriminação em função de sua etnia, raça e/ou cor, e dá outras providências. **Diário da Câmara dos Deputados**: Poder Legislativo, Brasil, ano LV n. 109, p. 32127-32137, 16 jun. 2000. Disponível em: <[http://imagem.camara.gov.br/dc\\_20.asp?selCodColecãoCsv=D&DataIn=16/06/2000&txpagina=32127&altura=650&largura=800](http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecãoCsv=D&DataIn=16/06/2000&txpagina=32127&altura=650&largura=800)>. Acesso em: 12 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei N°. 3.638, de 9 de outubro de 2000. Institui o Estatuto do Portador de Deficiência e dá outras providências. **Diário da Câmara dos Deputados**: Poder Legislativo, Brasil, ano LV n. 173, p. 50854-50865, 18 out. 2000. Disponível em: <[http://imagem.camara.gov.br/dc\\_20.asp?selCodColecãoCsv=D&DataIn=18/10/2000&txpagina=50854&altura=650&largura=800](http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecãoCsv=D&DataIn=18/10/2000&txpagina=50854&altura=650&largura=800)>. Acesso em: 12 ago. 2011.

**BRASIL, BAHIA. Constituição do Estado da Bahia**, promulgada em 5 de outubro de 1989. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/70433/13/constituicaoBahia.pdf>>. Acesso em: 7 ago. 2011.

**BRASIL, INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA**. Censo 2010: País tem declínio de fecundidade e migração e aumentos na escolarização, ocupação e posse

de bens duráveis. **Sala de Imprensa.** 16 nov. 2011b. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=2018&id\\_pagina=1](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2018&id_pagina=1)>. Acesso em 05 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Em 2010, esperança de vida ao nascer era de 73,48 anos. **Sala de Imprensa.** 01 dez. 2011a. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=2032&id\\_pagina=1](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2032&id_pagina=1)>. Acesso em 05 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Estudo Especial sobre a Mulher – PME. **Sala de Imprensa.** 07 mar. 2008. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_impressao.php?id\\_noticia=1099](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impressao.php?id_noticia=1099)>. Acesso em 05 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Indicadores de desenvolvimento sustentável: Brasil 2010. **Estudos e pesquisas – informação geográfica.** n. 7, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/recursosnaturais/ids/ids2010.pdf>> Acesso em: 03 jan. 2012.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Manual de legislação em saúde da pessoa com deficiência.** 2. ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2006.

BRASIL, SÃO PAULO. **Lei Complementar Nº 367**, de 14 de dezembro de 1984. Concede licença de 120 (cento e vinte) dias ao funcionário público civil do Estado quando adotar menor de até 7 (sete) anos de idade. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/195732/lei-complementar-367-84-sao-paulo-sp>> Acesso em 05 nov. 2010.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. 2. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. a proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea. 3. Tratamento constitucional da instituição da família. Reconhecimento de que a Constituição Federal não empresta ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. A família como categoria sócio-cultural e princípio espiritual. Direito subjetivo de constituir família. Interpretação não-reducionista. 4. União estável. Normação constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteção desta última. Focado propósito constitucional de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano. Identidade constitucional dos conceitos de “entidade familiar” e “família”. 5. Divergências laterais quanto à fundamentação do acórdão. 6. Interpretação do art. 1.723 do

código civil em conformidade com a constituição federal (técnica da “interpretação conforme”). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. **ADPF 132 RJ.** Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ayres Britto. DJ 14 out. 2011, p. 21. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+132%2 ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EA CMS%2E+ADJ2+132%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 17 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional. Princípio da Isonomia entre homens e mulheres. Ação de separação judicial. Foro competente. Art. 100, I do Código de Processo Civil. Art. 5º, I e art. 226, § 5º da CF/88. Recepção Recurso desprovido. **RE 227114 SP.** Paulo César Dias e Nádia Aparecida Pasquati Dias. Relator: Joaquim Barbosa. DJ 16 fev. 2012, p. 45. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2827114%2 ENUME%2E+OU+227114%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 17 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Habeas-corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. **HC 82424 RS.** Werner Cantalício João Becker e Siegfried Ellwanger. Relator: Celso de Mello. DJ 19 mar. 2004, p. 17. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 05 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. Penal. Recurso extraordinário. Estupro. Posterior convivência entre autor e vítima. Extinção da punibilidade com base no art. 107, VII, do Código Penal. Inocorrência, no caso concreto. Absoluta incapacidade de autodeterminação da vítima. Recurso desprovido. **RE 418376 MS.** José Adélio Franco de Moraes e Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator para o acórdão: Joaquim Barbosa. DJ 23 mar. 2007, p. 72. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28418376%2 ENUME%2E+OU+418376%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 nov. 2011.

**BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS.** Embargos à execução fiscal. IPTU. Maçonaria. Imunidade Tributária. Possibilidade. Inteligência do parágrafo único do artigo 8º da Lei Complementar N° 363/2001. Administrativo. Mandado de segurança. Remessa oficial. Direito de prestar prova física de concurso em dia diverso do determinado. Liberdade de crença religiosa. **APC 20030150093525.** Fazenda Pública do Distrito Federal e Loja Maçônica Duque de Caxias nº 13. Relator: Asdrubal Nascimento Lima. DJ 24 jun. 2004, p. 64. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdf.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62509,9476,1430&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=20030150093525>>. Acesso em: 11 out. 2011.

**BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO.** Administrativo. Concurso público. Polícia Federal. Participantes do sexo feminino. Teste de barra fixa dinâmica. Ofensa aos princípios da isonomia e da razoabilidade. **AG 29810 DF.**

2005.01.00.029810-0. Sabrina de Melo Sposito e União Federal. Relatora: Selene Maria de Almeida. DJ 10 ago. 2006, p. 103. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2225475/agravo-de-instrumento-ag-29810-df-20050100029810-0-trf1>>. Acesso em: 11 out. 2011.

\_\_\_\_\_. DGP/DPF. Prova de aptidão física. Candidata reprovada no teste dinâmico em barra fixa. Pretensão de realização do teste na forma estática, em segunda chamada. Impossibilidade. Princípio da isonomia. Precedentes. **AG 18624 MG**. 2005.01.00.018624-3. Jannaina Aretusa Lopes da Silva e União Federal. Relator: Daniel Paes Ribeiro. DJ 30 jan. 2006, p. 74. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2233587/agravo-de-instrumento-ag-18624-mg-20050100018624-3-trf1>>. Acesso em: 11 out. 2011.

BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA QUARTA REGIÃO. Administrativo. Mandado de segurança. Remessa oficial. Direito de prestar prova física de concurso em dia diverso do determinado. Liberdade de crença religiosa **REO 9256 RS**. 95.04.09256-0 Nadia Maristela Gedoz e Delegado da Polícia Federal Coordenador Regional do Concurso Referente ao Edital 001/93 – ANP. Relatora: Silvia Maria Gonçalves Goraieb. DJU 24 jun. 2006, p. 2506. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8590994/remessa-ex-officio-reo-9256-rs-950409256-0-trf4>>. Acesso em: 11 out. 2011.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Ação afirmativa e inclusão dos trabalhadores com deficiência ou reabilitados: atuação do Ministério Público do Trabalho. **Revista do Ministério Público do Trabalho**. Brasília: Procuradoria-Geral do Trabalho, ano XXI, n. 41, p. 252-264, mar. 2011.

BUTLER, Judith. **Gender trouble: feminism and the subversion of identity**. Nova Iorque: Routledge, 1990

\_\_\_\_\_. Performative acts and gender constitution: an essay in phenomenology and feminist theory. **Theatre Journal**, vol. 40, n. 4, p. 519-531, dez. 1988.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. Homens Ganham seis meses de licença-adoção na Caixa. **Releases**, Brasília, 19 jun. 2009. Disponível em: <[http://www1.caixa.gov.br/Imprensa/imprensa\\_release.asp?codigo=6609916&tipo\\_noticia=13](http://www1.caixa.gov.br/Imprensa/imprensa_release.asp?codigo=6609916&tipo_noticia=13)>. Acesso em: 03 abr. 2011.

CANGUILHEM, Georges. **O normal e o patológico**. Trad. Maria Thereza Redig de Carvalho Barrocas e Luiz Octavio Ferreira Barreto Leite. 4. Ed.- Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

CAPOTORTI, Francesco. **Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities.** Genebra: UN Publication, E 78.XIV.1, 1979.

CARVALHO, Kildare Gonçalves Carvalho. **Técnica legislativa.** 2 ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2001

CENTRO PELA JUSTIÇA E PELO DIREITO INTERNACIONAL et al., **Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil**, 2007. Disponível em: <[http://asbrad.com.br/conte%C3%BAdo/relat%C3%B3rio\\_oea.pdf](http://asbrad.com.br/conte%C3%BAdo/relat%C3%B3rio_oea.pdf)> Acesso em: 03 jan. 2012.

CHERNICHENKO, Stanislav. **Second working paper on the definition of minorities.** Genebra, UN Document, E/CN.4/Sub.2/AC.5/1997/WP.1, 2 abr. 1997.

COLEMAN, Jules. Moral theories of torts: their scope and limits – Part II. **Law and Philosophy.** vol. 2, n. 1, Boston: D. Reidel Publishing Co, abr. 1983, p. 5-36.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 2 ed. São Paulo: Saraiva: 2001.

COSTA, Milton Carlos. **Joaquim Nabuco entre a Política e a História.** São Paulo: Annablume, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O Direito à diferença: as ações afirmativas cõo mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Aristóteles – Filosofia do homem: ética e política. **Revista Internacional d'Humanitats.** Barcelona, v. VIII, n. 8, p.13-30, 2005.

DARWIN, Charles. **A origem das espécies.** Trad. Eduardo Fonseca. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

DESCHENES, Jules. **Proposal concerning a definition of the term minority.** Genebra, UN Document, E/CN.4/Sub.2/1985/31, 14 mai. 1985.

DREHER, Martin Norberto. **A Igreja latino-americana no contexto mundial.** São Leopoldo: Sinodal, 1999.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão social do trabalho.** Trad. Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O império do direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EIDE, Asbjorn. **Working definition on minorities, possible ways and means of facilitating the peaceful and constructive solution of problems involving minorities.** Genebra, UN Document E/CN.4/Sub.2/1993/34, 10 ago. 1993.

\_\_\_\_\_. **Working paper on the classification and differentiation in minority rights.** Genebra, UN Document, E/CN.4/Sub.2/AC.5/1996/WP.2, 6 mar. 1996.

FERNANDES, Florestan. **O negro no mundo dos brancos.** São Paulo: DIFEL, 1972.

FERREIRA, Alexandre Mendes Cruz; FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz . Hermenêutica Afirmaiva e Horizontes Ontológico da Discriminação Positiva. **Revista Jurídica Eletrônica UniCOC**, v. II, Série: II, p. 1-23, 2005. Disponível em: <[http://www.revistajuridica.unicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID\\_55.pdf](http://www.revistajuridica.unicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_55.pdf)> Acesso em: 11 nov. 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Discriminar. In: \_\_\_\_\_. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa.** 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FICHTER, Joseph, H. **Sociología.** Trad. Alejandro Esteban Lator Ros. 9 ed. Barcelona: Herder, 1974.

FISCUS, Ronald. J. **The constitucional logic of affirmative action.** Durham e Londre: Duke University Press, 1992.

FRANCE. **Loi N° 83-634**, de 13 de julho de 1983. Portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068812&dateTexte=20080827>>. Acesso em: 19 set. 2011.

FRASER, Nancy. Redistribución, reconocimiento y participación: hacia un concepto integrado de justicia. In: UNESCO. **Informe mundial sobre la cultura 2000-2001. Diversidad cultural, conflicto y pluralismo**, UNESCO: Madri, 2001, p. 46-57.

FREITAS, Juarez de. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FUCHS, Lawrence H. **The American Kaleidoscope: Race, Ethnicity, and the Civic Culture**. Hanover: University Press of New England, 1990.

FUNDAÇÃO PREFEITO FARIA LIMA. **O processo e a técnica legislativa municipal**. 2 ed. São Paulo: CEPAM, 2001

GARCIA, Maria . Implicações do Princípio constitucional da igualdade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: RT, n. 31, p. 109-113, 2000.

GERMANO, Luiz Paulo Rosek. **Programa de direito administrativo 2**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

GILROY, Paul. **Entre campos: nações, culturas e o facínio da raça**. Trad. Celia Maria Marinho Azevedo et al. São Paulo: Annablume, 2007.

GLUCK, David Giménez. La ausencia de límites constitucionales de las acciones positivas a favor de las personas com discapacidad. In: CERVERA, Ignacio Campoy. **Los derechos de las personas com discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas – debates del instituto Bartolomé de las Casas n. 2**. Madri: Dykinson, S.L., 2004, p. 113-126.

GOLDMAN, Alan H. **Justice and Reverse Discrimination**. Princeton: Princeton University Press, 1979.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate constitucional sobre ações afirmativas. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (orgs.) **Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 15-58.

GONÇALVES, Pedro Correia. O tribunal europeu dos direitos do homem e os direitos das minorias. **Revista USCS**. São Caetano do Sul: Páginas & Letras, ano X, n. 16, p. 205-218, jan.-jun. 2009.

GROSSI, Patrícia; CASANOVA, Maria; STAROSTA, Michele. Grupos para homens que exercem violência conjugal: um desafio no enfrentamento da violência de gênero. In: STREY, Marlene; AZAMBUJA, Mariana; JAEGER, Fernanda. **Violência, gênero e políticas públicas**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 195-214.

GUISÁN, Esperanza. Utilitarismo, justiça e felicidade. In: PELUSO, Luís Alberto. **Ética e utilitarismo**. Campinas: Alínea, 1998, p. 131-142.

HALL, Stuart. **A Identidade cultural na pós-modernidade**. Trad. Tomaz T. Silva e Guaracira L. Touro. 10 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

\_\_\_\_\_. **Identidade cultural e diáspora**. Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, n. 24, p.68-75, 1996.

HAYEK, Friedrich A. **Los fundamentos de la libertad**. Trad. José Vicente Torrente. 7. ed. Madri: Unión Editorial, 2006.

HERRNSTEIN, Richard J.; MURRAY, Charles. **The bell curve: intelligence and class structure in American life**. Nova Iorque: Free Press Paperbacks, 1996.

HOMEM consegue licença-maternidade após adoção na Bahia. **Globo**, Rio de Janeiro, 29 dez. 2008. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2008/12/29/homem-consegue-licenca-maternidade-apos-adocao-na-bahia-587729362.asp>>. Acesso em: 03 abr. 2011.

HUTCHESON, Francis. **An inquiry into the original of our ideas of beauty and virtue**. 4 ed. London: Midwinter, 1738.

IAMAMOTO, Marilda V. **Renovação e conservadorismo no Serviço Social - ensaios críticos**. 7 ed., São Paulo: Cortez, 2004.

JACOBSON, Daniel. Utilitarianism without consequentialism: the case of John Stuart Mill. **Philosophical Review**, vol. 117, n. 2, 2008.

JOHNSON, Lyndon B. **Public Papers of the Presidents of the United States: Lyndon B. Johnson, 1965**. vol. 2. Washington: Government Printing Office, 1966.

KAMEL, Ali. **Não somos racistas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira, necessidade ou mito? – uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 3 ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1974.

KISH, Daniel; BLEIER, Hannah. **Echolocation: what it is, and how it can be taught and learned.** Riverside: California Association of Orientation and Mobility Specialists, 2000. Disponível em: <[www.prcvi.org/files/workshops/echolocation.pdf](http://www.prcvi.org/files/workshops/echolocation.pdf)> Acesso em: 20 jun. 2011.

KYBURG, H. E. **The logical foundations of Statistical Inference.** Dordrecht: Reidel, 1974.

LAWRANCE III, Charles R. The id, the ego and the equal protection: reckoning with unconscious racism. **Stanford Law Review.** Palo Alto: Stanford University Press. vol. 39, n. 2, janeiro, p. 317-388, 1987.

LISBOA, Roberto Senise. Microssistema de responsabilidade civil nas relações de consumo, In: \_\_\_\_\_ **Responsabilidade Civil nas Relação de Consumo.** 2 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 49-83.

LITTLETON, Christine A. Reconstructing Sexual Equality. **California Law Review.** vol. 75, n. 4, p. 1279-1337, jul. 1987.

LOJA Maçônica é considerada templo isento de IPTU. **TJDFT.** 17 mar. 2004. Disponível em: <[http://www.tjdft.jus.br/trib/imp/imp\\_not.asp?codigo=3783](http://www.tjdft.jus.br/trib/imp/imp_not.asp?codigo=3783)>. Acesso em: 02 jan. 2012.

LOPES, Edward. **Fundamentos da lingüística contemporânea.** 23 ed. São Paulo: Cultrix, 2007.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueiredo. Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU. In: GURGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. **Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência.** Florianópolis: Obra Jurídica, 2007, p. 41-66.

MAGNOLI, Demétrio. **Uma gota de sangue: história do pensamento racial.** São Paulo: Contexto, 2009.

MAIA, Luciano. Direitos humanos das minorias étnicas e religiosas e as desigualdades sociais e regionais. In: REGIS, André; MAIA, Luciano. **Direitos humanos, impeachment e outras questões constitucionais: uma coletânea de artigos**. Recife: Base, 2004, p. 205-234.

MALLON, Gerald P. **Social work practice with lesbian, gay bisexual, and transgender people**. 2<sup>a</sup> ed. Nova Iorque: Routledge, 2008.

MARINER, Joanne. **No escape: male rape in U.S. prisons**. Nova Iorque: Human Rights Watch, 2001.

MARTINS, Marco Aurélio. Fuvest é porta de entrada para o ‘sonho possível’ de uma vaga na USP. **USP Online Destaque**, São Paulo, 27 nov. 2011. Disponível em: <<http://www5.usp.br/fuvest-e-porta-de-entrada-para-o-sonho-possivel-de-uma-vaga-na-usp/>>. Acesso em: 03 dez. 2011.

MARX, Karl. Crítica ao programa de Gotha. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Obras escolhidas**. vol. 2. Rio de Janeiro: Editorial Vítoria, 1961, p. 205-236.

MAZZILLI, Hugo, Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MCGOLDRICK, Dominic. **The Human Rights Committee. Its role in the development of the International Covenant on Civil and Political Rights**. 2 ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

MEAD, Margareth. **Sexo e Temperamento**. Trad. Rosa Krausz. São Paulo: Perspectiva, 2000.

MELLO, Lucinéia Crepaldi; CARAMASCHI, Sandro. Estresse e bullying em crianças em condição de sobrepeso e obesidade. In: VALLE, Tânia Gracy Martins do; MELCHIORI, Lígia Ebner. (orgs.) **Saúde e desenvolvimento humano**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010, p. 113-129.

MENDES, Gilmar Ferreira. Questões fundamentais de técnica legislativa. **Revista de Doutrina e Jurisprudência Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**, v. 37, p. 41-68, 1991.

\_\_\_\_\_. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, vol. 1,

n. 8, jan. 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_08/cont\\_constitucionalidade.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/cont_constitucionalidade.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2012.

MENEZES, Paulo Lucena. **A ação afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte Americano.** São Paulo: Revista dos Tribunais; 2001.

MICHEL, Andrée. **Não aos estereótipos.** Trad. Zuleika Alambert e Violette Nagib Amary. São Paulo: Conselho Estadual da Condição Feminina, 1989.

MILLER, Allan; KANAZAWA, Satoshi. **Por que homens jogam e mulheres compram sapatos: como a evolução molda nosso comportamento.** Trad. Silvia Schlossarek. Rio de Janeiro: Prestígio, 2007.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública.** São Paulo: Dialética, 1999.

MORENO, Jamile Coelho. Conceito de minorias e discriminação. **Revista USCS.** São Caetano do Sul: Páginas & Letras, ano X, n. 17, p. 141-156, jul.-dez. 2009.

MURARO, Rose Marie. Breve introdução histórica. In: KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras.** Trad. Paulo Fróes. 20 ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2009.

NEVES, Maria. Cotistas têm desempenho similar à média geral. **Agência Câmara de Notícias.** 20 nov. 2010. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/DIREITOS-HUMANOS/150797-COTISTAS-TEM-DESEMPENHO-SIMILAR-A-MEDIA-GERAL.html>> Acesso em: 05 jan. 2012.

NIELI, Russel. Ethnic Tribalism and Human Personhood. In: \_\_\_\_\_ (org.) **Racial preference and racial justice: the new affirmative action controversy.** Washington: Ethics and Public Policy Center, 1991, p. 61-103.

NOGUEIRA, Oracy. **Tanto preto quanto branco: estudos de relações raciais.** São Paulo: T.A. Queiroz, 1985.

OLIVEIRA, Paulo Rogério Albuquerque de. **Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário NTEP, Fator Acidentário de Prevenção FAP: um novo olhar sobre a saúde do trabalhador.** 2 ed. São Paulo: LTr, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, ASSEMBLÉIA GERAL **Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**, de 18 de dezembro de 1979. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

\_\_\_\_\_. **Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial**, de 21 de dezembro de 1965. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimraci.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

\_\_\_\_\_. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**, de 13 dezembro de 2006. Disponível em: <<http://www.tvjustica.jus.br/documentos/Convencao%20Comentada.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 05 dez. 2010.

\_\_\_\_\_. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas**, de 19 de dezembro de 1966. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/pacto\\_dir\\_politicos.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm)>. Acesso em: 5 mar. 2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência**, de 7 de junho de 1999. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/o.Convencao.Personas.Portadoras.de.Deficiencia.htm>>. Acesso em: 2 dez. 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Normas internacionais do trabalho sobre a reabilitação profissional e emprego de pessoas portadoras de deficiência**. Trad. Edílson Alkmin Cunha. 2 ed. Brasília: CORDE, 2001.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **CIF: Classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde**. Trad. Centro Colaborador da Organização Mundial da Saúde para a Família de Classificações Internacionais. São Paulo: EDUSP, 2003.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Avaliações de políticas nacionais de educação: Estado de Santa Catarina, Brasil**. Paris: OECD Publishing, 2010

PENA, Sérgio. Os múltiplos significados da palavra raça. **Folha de São Paulo**, São Paulo. Opinião. Tendências e Debates, 21 dez 1998.

PEREIRA, Ana Cristina. Violência entre casais homossexuais é maior do que nos heterossexuais. **Público**, Lisboa, 12 jul. 2009. Disponível em: <[http://www.publico.clix.pt/Sociedade/violencia-entre-casais-homossexuais-e-maior-do-que-nos-heterossexuais\\_1391381](http://www.publico.clix.pt/Sociedade/violencia-entre-casais-homossexuais-e-maior-do-que-nos-heterossexuais_1391381)>. Acesso em: 22 jan. 2011.

PINEL, John P. J. **Biopsicología**. Trad. Eduardo Miño e Maria Hoyos. 4 ed. Madrid: Pearson Educación S.A., 2001.

PINKER, Steven. **Tábula rasa - negação contemporânea da natureza humana**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria. Igualdade e especificidade. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (org.). **História da Cidadania**. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2005, p. 265-309.

PIOVESAN, Flávia. Concepção contemporânea de direitos humanos: desafios e perspectivas. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho ; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan. (Org.). **Direitos Humanos: Desafios humanitários contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos Refugiados (Lei n. 9474 de 22 de julho de 1997)**. v. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 01-28.

PLATÃO. **A República**. Trad. Enrico Covisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

PONTES, Patrícia Albino Galvão. Educação Inclusiva. In: GURGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. **Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007, p. 139-168.

QUADROS, Mariane. Magistrado estende a homens medidas protetivas da Lei Maria da Penha. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 03.ago.2009..Disponível em:<[http://www.tjrs.jus.br/site\\_php/noticias/mostranoticia.php?assunto=1&categoria=1&item=82505&voltar=S](http://www.tjrs.jus.br/site_php/noticias/mostranoticia.php?assunto=1&categoria=1&item=82505&voltar=S)>. Acesso em 05 abr. 2011.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Esteves. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAY, Sangeeta. **Gayatri Chakravorty Spivak: in other words**. Pondicherry: Wiley-Blackwell, 2009

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação : discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROCHA, Cármem Lucia Antunes. Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade. **Revista de Informação Legislativa**, v. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996.

ROULAND, Nobert. **Nos confins do direito: antropologia jurídica da modernidade**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SANCHES, Vanessa Karam de Chueiri. Ações afirmativas e o mercado de trabalho. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos**. vol. 1. Curitiba: Juruá, 2007, p. 409-425.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Hélio. Políticas públicas para a população negra no Brasil. **Observatório da Cidadania**. Ibase: Rio de Janeiro, n. 3, p. 147-157, 1999.

SANTOS, Luiz Carlos et al. Gravidez abdominal a termo com feto vivo: relato de caso. **Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia**. v. 21, n. 10, p.611-615, 1999.

SANTOS, Sales Augusto dos. Ações afirmativas para a população negra nas universidades brasileiras. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (orgs.). **Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 83-126.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre: Ajuris. v. 32, n. 98, p. 105-149, jun. 2005.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 311-380.

SCHANPPER, Dominique; KRIEF, Pascale; PEIGNARD, Emmanuel. French immigration and integration policy: a complex combination. In: HECKMANN, Friederich; SCHNAPPER, Dominique (eds.) **The integration of immigrants in European societies: national differences and trends of convergence**. Stuttgart: Lucius et Lucius, 2003, p. 15-44.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule based decision-making in law and in life**. Oxford: Clarendon Press, 1991.

SILVA, Ermes et al. **Estatística**. vol.1, 4 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: RT, 2002.

SINGER, Peter. **Practical ethics**. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

SKRENTNY, J. D. **The Ironies of Affirmative Action. Politics, Culture, and Justice in America**. Chicago & London: The University of Chicago Press, 1996.

SODRÉ, Muniz. Por um conceito de minoria. In: BARBALHO, Alexandre; PAIVA, Raquel. **Comunicação e cultura das minorias**. São Paulo: Paulus, 2005, p. 11-14.

SOUTH AFRICA. **Constitution of the Republic of South Africa**, promulgada em 18 de dezembro de 1996. Disponível em: <<http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/index.htm>> Acesso em: 05 dez. 2011.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **In other worlds: essays in cultural politics**. Nova Iorque: Methuen, 1987.

\_\_\_\_\_. **Outside in the teaching machine**. Nova Iorque: Routledge, 1993.

\_\_\_\_\_. **The post-colonial critic: interviews, strategies, dialogues**. Nova Iorque: Routledge, 1990.

STANGOR, Charles; SCHALLER, Mark. Stereotypes as individual and collective representations. In: STANGOR, Charles. **Stereotypes and prejudice**. Philadelphia: Psychology Press, 2000, p. 64-82.

STERNE, Jonathan; AKIYAMA, Mitchell. The recording that never wanted to be heard and other stories of sonification. In: PINCH, Trevor; BIJSTERVELD, Karin. **The Oxford handbook of sound studies**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012, p. 544-560.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 32, n. 97, p. 171-202, mar. 2005.

SURVEY finds male abuse approval. **BBC Brasil**. 18 jun 2006. Disponível em: <[http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk\\_news/scotland/glasgow\\_and\\_west/5092100.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/scotland/glasgow_and_west/5092100.stm)> Acesso em: 05 jan. 2012.

TÁCITO, Caio. Do direito individual ao direito difuso. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, n. 157, p. 01-13, jul./set., 1984.

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. Trad. Adail U.Sobral. São Paulo: Loyola, 2000.

\_\_\_\_\_. **As fontes do self: a construção da identidade moderna**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005

THOMPSON, Maxine S.; KEITH, Verna M. Copper brown and blue black: colorism and self evaluation. In: HERRING, Cedric; KEITH, Verna M.; HORTON, Hayward Derrick. **Skin deep: how race and complexion matter in the “color-blind” era**. Chicago: University of Illinois Press, 2004, p. 45-64.

UFPB cadastra candidatos às bolsas residência e restaurante universitário do campus IV. **Agência de notícias**. 21 jan. 2008. Disponível em: <[http://www.agencia.ufpb.br/vernoticias.php?pk\\_noticia=5143](http://www.agencia.ufpb.br/vernoticias.php?pk_noticia=5143)> Acesso em: 05 jan. 2012.

UNITED NATIONS, COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN. **General Recommendation n. 25**, de 2004. Disponível em: <[http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%202025%20\(English\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%202025%20(English).pdf)>. Acesso em: 02 jan. 2011.

UNITED NATIONS, COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION. **General Recommendation n. 32**, de 24 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/451/47/PDF/G0945147.pdf?OpenElement>> Acesso em 02 jan. 2011.

UNITED NATIONS, GENERAL ASSEMBLY. **Comprehensive and integral international convention to promote and protect the rights and dignity of persons with disabilities**. UN Document, A/RES/56/168, 26 fev. 2002. Disponível em: <[http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/488/76/PDF/N0148876.pdf?Open Element](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/488/76/PDF/N0148876.pdf?OpenElement)>. Acesso em: 2 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. **Convention on the Rights of Persons with Disabilities**, de 13 de dezembro de 2006. Disponível em: <[http://www.un.org/disabilities/convention/convention\\_full.shtml](http://www.un.org/disabilities/convention/convention_full.shtml)>. Acesso em: 3 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. **Declaration on the Rights of Disabled Persons**. UN Document, A/RES/3447(XXX), 9 dez. 1975 Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/001/60/IMG/NR000160.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 2 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. **Declarations on the Rights of Mentally Retarded Persons**. UN Document, A/RES/2856(XXVI), 20 dez. 1971 Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/328/72/IMG/NR032872.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 2 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. **Implementation of the World Programme of Action concerning Disabled Persons and the United Nations Decade of Disabled Persons**. UN Document, A/RES/44/70, 8 dez. 1989. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/548/29/IMG/NR054829.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 2 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. **Implementation of the World Programme of Action concerning Disabled Persons and the United Nations Decade of Disabled Persons**. UN Document, A/RES/45/91, 14 dez. 1990. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/564/80/IMG/NR056480.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 2 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. **Implementation of the World Programme of Action concerning Disabled Persons and the United Nations Decade of Disabled Persons**. UN Document, A/RES/45/91, 14 dez. 1990. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/564/80/IMG/NR056480.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 2 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. **International Year for Disabled Persons**. UN Document, A/RES/31/123, 9 dez. 1975. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/303/06/IMG/NR030306.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 2 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. **World Programme of Action concerning Disabled Persons.** UN Document, A/RES/37/52, 3 dez. 1982 Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/425/30/IMG/NR042530.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 2 dez. 2011.

UNITED NATIONS, HUMAN RIGHTS COMMITTEE. **Compilation of general comments and general recommendations adopted by human rights treaty bodies.** Genebra, UN Document HRI/GEN/1/Rev. 1, 29 jul. 1994.

UNITED NATIONS, SUB-COMISSION ON PREVENTION OF DISCRIMINATION AND PROTECTION OF MINORITIES. **Report of the fourth session of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities.** Nova Iorque, UN Document E/CN.4/641 Annex I, Resolution II, 25 out. 1951.

UNITED NATIONS, WORKING GROUP ON MINORITIES. **Report of the Working Group on Minorities on its first session.** Genebra, UN Document, E/CN.4/Sub.2/1996/2, 30 nov. 1995.

\_\_\_\_\_. **Report of the Working Group on Minorities on its second session.** Genebra, UN Document, E/CN.4/Sub.2/1996/28, 8 jul. 1996.

UNITED STATES OF AMERICA. **19th Amendment**, de 4 de junho de 1919. Disponível em: <[http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution\\_amendments\\_11-27.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html)>. Acesso em: 5 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **Civil Rights Act of 1964**, de 2 de julho de 1964. Disponível em: <<http://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=true&doc=97&page=transcript>>. Acesso em: 5 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **Civil Rights Act of 1991**, de 21 de novembro de 1991. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/laws/statutes/cra-1991.cfm>>. Acesso em: 5 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **Constitution of the United States**, de 17 de setembro de 1787. Disponível em: <[http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution\\_transcript.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html)>. Acesso em: 5 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **Executive Order N° 10.925**, de 6 de março de 1961. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html>>. Acesso em: 5 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **National Labor Relations Act**, de 5 de julho de 1935. Disponível em: <<http://www.nlrb.gov/national-labor-relations-act>>. Acesso em: 5 set. 2011.

UNITED STATES OF AMERICA, SUPREME COURT. *Brown v. Board of Education of Topeka*. **347 U.S. 483** (1954). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>>. Acesso em 5 set. 2011.

\_\_\_\_\_. *Firefighters v. Cleveland*. **478 U.S. 501** (1986). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/478/501/case.html>>. Acesso em 5 set. 2011.

\_\_\_\_\_. *Fullilove v. Kutznick*. **448 U.S. 448** (1980). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/448/448/case.html>>. Acesso em 5 set. 2011.

\_\_\_\_\_. *Pace v. Alabama*. **106 U.S. 583** (1879). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/106/583/case.html>>. Acesso em 5 set. 2011.

\_\_\_\_\_. *Palmer v. Thompson* . **403 U.S. 217** (1971). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/403/217/case.html>>. Acesso em 5 set. 2011.

\_\_\_\_\_. *Plessy v. Ferguson*. **163 U.S. 537** (1896). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/case.html>>. Acesso em 5 set. 2011.

\_\_\_\_\_. *Regents of University of California v. Bakke*. **438 U.S. 265** (1978). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/438/265/case.html>>. Acesso em 5 set. 2011.

\_\_\_\_\_. *Robinson v. California*. **370 U.S. 660** (1962). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/370/660/case.html>>. Acesso em 5 set. 2011.

\_\_\_\_\_. *United Steelworkers of America v. Weber* **443 U.S. 193** (1979). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/443/193/case.html>>. Acesso em 5 set. 2011.

\_\_\_\_\_. *Metrobroadcasting v. FCC*. **497 U.S. 547** (1990). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/497/547/case.html>>. Acesso em 5 set. 2011.

\_\_\_\_\_. *United States v. Virginia*. **518 U.S. 515** (1996). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/518/515/case.html>>. Acesso em 5 set. 2011.

VIEIRA, Jair Lot (sup. ed.). **Código de Hamurabi: Código de Manu, excertos: livros oitavo e nono: Lei das XII Tábuas.** São Paulo: EDIPRO, 1994.

VIGUÉ, Jordi; MARTÍN ORTE, Emílio. **Grande atlas do corpo humano: anatomia, histologia, patologias.** Trad. Nade Wafae. Barueri: Manole, 2007.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

WAAL, Johan de. Constitutional Law. In: VAN DER MERWE, G.; DU PLESSIS, E. (eds.) **Introduction to the law of South Africa.** Haia: Kluwer Law International, 2004, p. 55-106.

WALRAS, Léon. **Compêndio dos elementos de economia política pura.** Trad. João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

WATANABE, Kazuo. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 5 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 610-666.

WEBER, Max. **Economia e sociedade.** Trad. Regis Barbosa e Karen E. Barbosa. v.1, 5 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1991.

WELCH, Don D. Removing discriminatory barriers: basing disparate treatment analysis on motive rather than intent. **Southern California Law Review.** p. 733-782, mar. 1987.

WINSTON, Robert. **The IVF Revolution: The definitive guide to assisted reproductive techniques.** London: Vermillon, 1999.

WUCHER, Gabi. **Minorias: proteção internacional em prol da democracia.** São Paulo: Juarez Távora, 2000.

YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. Trad. Alexandre Morales. **Lua Nova.** São Paulo, n. 67, p. 139-190, 2006.

ZAKABI, Rosana; CAMARGO, Leoleli. Eles são gêmeos idênticos, mas, segundo a UnB, este é branco e este é negro. **Veja**, v. 40, n. 22, p. 82-88, 6 jun. 2007.