

Fenômenos Sociais e Direito 2

RENATA LUCIANE POLSAQUE YOUNG BLOOD

(Organizadora)



Atena
Editora

Ano 2018

RENATA LUCIANE POLSAQUE YOUNG BLOOD

(Organizadora)

Fenômenos Sociais e Direito 2

Atena Editora
2018

2018 by Atena Editora

Copyright © da Atena Editora

Editora Chefe: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Diagramação e Edição de Arte: Geraldo Alves e Natália Sandrini

Revisão: Os autores

Conselho Editorial

- Prof. Dr. Alan Mario Zuffo – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Álvaro Augusto de Borba Barreto – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Constantino Ribeiro de Oliveira Junior – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná
Profª Drª Deusilene Souza Vieira Dall’Acqua – Universidade Federal de Rondônia
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Prof. Dr. Jorge González Aguilera – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)

F339 Fenômenos sociais e direito 2 [recurso eletrônico] / Organizadora Renata Luciane Polsaque Young Blood. – Ponta Grossa (PR): Atena Editora, 2018. – (Fenômenos Sociais e Direito; v. 2)

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-85107-25-3

DOI 10.22533/at.ed.253180409

1. Cidadania. 2. Direito – Filosofia. 3. Direitos fundamentais.
4. Problemas sociais. I. Série

CDD 323.6

Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422

O conteúdo do livro e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores.

2018

Permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

www.atenaeditora.com.br

E-mail: contato@atenaeditora.com.br

APRESENTAÇÃO

As Ciências Sociais reúnem campos de conhecimento com foco nos aspectos sociais das diversas realidades humanas. Entre eles pode-se citar o Direito, a Economia, a Administração e o Serviço Social. A partir da abordagem transdisciplinar destes conhecimentos, é possível estimular uma nova compreensão da realidade por meio da articulação de elementos que perpassam entre, além e através de disciplinas, numa busca de compreensão de fenômenos complexos, como as necessidades da sociedade e o viver em sociedade.

A Coletânea Nacional “Ciências Sociais e Direito” é um *e-book* composto por 34 artigos científicos que abordam assuntos atuais com a perspectiva transdisciplinar, como: o impacto da tecnologia de informação nas relações sociais, a reconstrução do acesso à justiça, a influência das mídias nas relações de poder, novos espaços de efetivação dos direitos humanos, a educação como caminho para uma sociedade mais democrática, entre outros.

Mediante a importância, necessidade de atualização e de acesso a informações de qualidade, os artigos elencados neste *e-book* contribuirão efetivamente para disseminação do conhecimento a respeito das diversas áreas das Ciências Sociais e do Direito, proporcionando uma visão ampla sobre estas áreas de conhecimento.

Desejo a todos uma excelente leitura!

Prof. Ms. Renata Luciane Polsaque Young Blood

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	1
A DIMENSÃO ILÍCITA DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO A PARTIR DA TEORIA GARANTISTA FERRAJOLIANA	
<i>Lidiane Mauricio dos Reis</i> <i>Silvia Mesquita da Silva</i>	
CAPÍTULO 2	19
A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO SOB A ÓTICA PROCESSUAL BRASILEIRA	
<i>Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff</i> <i>Nathália Yasmini Hoffmann da Silva</i>	
CAPÍTULO 3	37
DESCOLONIZAR PARA COOPERAR: RUMO À DISTRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DE JUSTIÇA	
<i>José Edmilson de Souza Lima</i> <i>Roberto José Covaia Kosop</i>	
CAPÍTULO 4	54
O IDEÁRIO DE EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA VIA PROCESSO JUDICIAL	
<i>Júlia Francieli Neves Scherbaum,</i> <i>Leonel Severo Rocha,</i>	
CAPÍTULO 5	68
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFLITO COM A ESTRUTURA DO ESTADO NA PERSPECTIVA DA SUSTENTABILIDADE SOCIAL	
<i>Isabela Borges Cilião</i> <i>Marcus Vinicius Bialta Bueno</i>	
CAPÍTULO 6	83
O IMPACTO DAS FAKENEWS E O FOMENTO DOS DISCURSOS DE ÓDIO NA SOCIEDADE EM REDE: A CONTRIBUIÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSOLIDAÇÃO DEMOCRÁTICA	
<i>Isadora Forgiarini Balem</i>	
CAPÍTULO 7	96
O PAPEL DA MÍDIA NA DIFUSÃO DOS CONFLITOS CARCERÁRIOS	
<i>Taís do Couto de Oliveira</i> <i>Monique Vigil Klüsener</i> <i>Valquiria Castro Pereira</i>	
CAPÍTULO 8	106
O TRATAMENTO JURÍDICO DO ACESSO À INFORMAÇÃO AMBIENTAL NO URUGUAI E NO BRASIL: ANÁLISE A PARTIR DAS LEIS DE ACESSO À INFORMAÇÃO	
<i>Rafaela Bolson Dalla Favera</i> <i>Olívia Martins de Quadros Olmos</i> <i>Rosane Leal da Silva</i>	
CAPÍTULO 9	117
REVISÃO TEÓRICA DOS CONCEITOS: PARTICIPAÇÃO SIGNIFICATIVA, AUTONOMIA AMPLIADA E AUTOCOMUNICAÇÃO DE MASSA	
<i>Aline Amaral Paz</i> <i>Sandra Rúbia da Silva</i>	
CAPÍTULO 10	131
A TRANSPARÊNCIA COMO INSTRUMENTO À EFICÁCIA MATERIAL DO DIREITO HUMANO AO	

DESENVOLVIMENTO

Guilherme Aparecido da Rocha

CAPÍTULO 11 145

A ACESSIBILIDADE EM PROVEITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA VISUAL FRENTE À PROATIVIDADE INFORMACIONAL DO ESTADO: DO STANDARD INTERNACIONAL À NORMATIVIDADE BRASILEIRA E COLOMBIANA

Guilherme Pittaluga Hoffmeister

Leonardo Fontana Trevisan

Natália Flores Dalla Pozza

CAPÍTULO 12 157

O USO DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO NO PROCESSO DE ENSINO E APRENDIZAGEM: A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE FRENTE À CAPTAÇÃO E DIVULGAÇÃO DE IMAGENS DE PACIENTES

Géssica Adriana Ehle

Daniela Richter

CAPÍTULO 13 169

PODER PÚBLICO, TIC E E-GOV: UMA ANÁLISE ACERCA DO USO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Alice Reichembach Gelatti

Rebeca Lírio de Souza

Rosane Leal da Silva

CAPÍTULO 14 181

POR QUE PRECISAMOS FALAR SOBRE O PAPEL DO CONSUMIDOR FINAL NA DESTINAÇÃO DOS PRODUTOS NANOTECNOLÓGICOS?

Raquel Von Hohendorff

Daniele Weber da Silva Leal

Wilson Engelmann

Cristine Pinto Machado

Paulo Júnior Trindade dos Santos

CAPÍTULO 15 197

A GESTÃO ESCOLAR E A PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Ane Patrícia de Mira

Paulo Fossatti

CAPÍTULO 16 210

AÇÕES AFIRMATIVAS DECORRENTES DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Reynaldo Alan Castro Filho,

CAPÍTULO 17 226

DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE TECNOLÓGICA: INFORMAÇÃO, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEGURANÇA HUMANA

Alini Bueno dos Santos Taborda

CAPÍTULO 18 235

SAÚDE E DIREITOS HUMANOS: EM COMUM, A BUSCA PELO BEM-ESTAR DO SER HUMANO

SOBRE A ORGANIZADORA..... 251

AÇÕES AFIRMATIVAS DECORRENTES DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Reynaldo Alan Castro Filho,

Universidade La Salle – Mestrado em Direito e Sociedade, Canoas – Rio Grande do Sul (Brasil)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo traçar um paralelo entre as Ações Afirmativas e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Para tanto, procurou demonstrar que a adoção das Ações Afirmativas na experiência brasileira também decorre de Tratados Internacionais de Direitos Humanos que autorizam tais medidas. Verificou-se, ainda, que as Ações Afirmativas são discriminações positivas que têm por escopo favorecer grupos historicamente renegados, e que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, além de considerar a dignidade da pessoa humana como um valor supremo, prestigia duas estratégias no combate à discriminação, a repressivo-punitiva e a promocional. Por derradeiro, as Ações Afirmativas podem ser interpretadas como medidas que têm por fim efetivar a igualdade material, valendo-se da estratégia promocional de combate à discriminação, tal como previsto no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Ações Afirmativas; Direitos Humanos; Igualdade; Tratados Internacionais; Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT: This paper wants to make a

relationship between the Affirmative Actions and the International Human Rights Law. This way, shows that the adoption of Affirmative Actions by Brazil finds authorization in the International Human Rights Treaties. Also, verified that Affirmative Actions are policies to favor some groups that have suffered historical discrimination and that the International Human Rights Law considers the human dignity a supreme value as well as uses two ways to combat discriminations, the punitive and the promotional. Finally, the relationship that exists between the Affirmative Actions and the International Human Rights Law resides in the fact that both use the promotional way to combat discriminations.

KEYWORDS: Affirmative Actions; Human Rights; Equality; International Treaties; Human Dignity.

1 | INTRODUÇÃO

Este artigo concentra-se no estudo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e na sua relação com as Ações Afirmativas. Trata-se, portanto, de um tema de significativa relevância sócio-jurídica. Ao abordar o Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua relação com as ações afirmativas, percebe-se que medidas tidas como compensatórias podem encontrar

respaldo jurídico não somente em normas constitucionais internas, mas também em Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Como objetivo geral procurou estabelecer um paralelo entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Ações Afirmativas. Como objetivo específico, pretendeu demonstrar quais Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil que autorizam a adoção de Ações Afirmativas, e se tais medidas podem ser entendidas como mecanismos de promoção do próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos, questionando-se, ainda, eventual afronta ao princípio da igualdade, considerado em suas vertentes formal e material.

Para tanto, este estudo teve como enfoque a igualdade material a ser buscada pelas ações afirmativas, a fim de combater injustiças reais que se manifestam no cotidiano, fruto de uma longa construção histórico-repressiva discriminatória que atinge determinados grupos sociais tidos como minorias, relacionando-a com o objetivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, fundado na dignidade da pessoa humana, que considera o ser humano como sendo aquele que possui direito de ter direitos, especialmente no que se refere à estratégia promocional de que pode se valer o Direito Internacional dos Direitos Humanos no combate à discriminação.

2 | AÇÕES AFIRMATIVAS E IGUALDADE MATERIAL

A despeito das ações afirmativas terem adquirido repercussão internacional a partir da adoção pelo Direito dos Estados Unidos da América na década de 1960, tendo como foco a mudança do comportamento estatal, suas origens remontam, na verdade, à Índia, imediatamente após a Primeira Guerra Mundial, tendo sua primeira proposição histórica defendida pelo jurista, economista e historiador indiano, Bhimrao Ramji Ambedkar, no sentido de estabelecer políticas públicas diferenciadas e constitucionalmente protegidas em favor de segmentos populacionais tidos como inferiores (WEDDERBURN, 2005). A partir disso, a adoção de tais políticas na Índia consolidou-se em 1950, ainda como a mais antiga de que se tem notícia, tendo como foco a criminalização do casteísmo e a consagração no texto constitucional das políticas de reserva voltadas à proteção de grupos historicamente discriminados (FERES JR e DAFLON, 2015, p. 96-97).

Isso posto, cumpre reconhecer que a maior repercussão acerca do tema, de fato, ocorreu a partir da adoção pelos Estados Unidos da América, uma vez que este se converteu no primeiro país desenvolvido a incorporar tais medidas, em consequência da luta pelos direitos civis da população afro-norte-americana. Assim, a postura do Estado, que anteriormente encontrava-se atrelado à aplicação de políticas governamentais indistintas, sem levar em consideração elementos como raça, sexo, cor, origem e outros, passa a observá-los ao realizar a contratação de seus servidores, ao regular a contratação no mercado de trabalho e, ainda, ao regular o acesso aos

estabelecimentos de ensino.

No tocante à definição do termo em análise, segundo Oliven (2007), a expressão *ação afirmativa* relaciona-se a um conjunto de políticas públicas que visam a proteger minorias e grupos que sofreram discriminação ao longo da história, traduzindo-se na adoção de condutas positivas com o intuito de favorecer o acesso de tais indivíduos à oportunidade de galgar aos postos de comando.

Gomes (2001) acrescenta, ainda, que as ações afirmativas podem ser conceituadas como um conjunto de políticas públicas e privadas, que podem se manifestar tanto compulsoriamente quanto de forma voluntária, tendo por fim o combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência e de nacionalidade.

Assim, além de políticas públicas, as ações afirmativas também poderiam concretizarse, em tese, por meio de políticas privadas voluntárias. No entanto, esta é uma prática que parece estar muito distante de consolidação.

Concernente às modalidades de ações afirmativas, é importante frisar que não devem ser confundidas ou limitadas à ideia de cotas, pois além da adoção desta espécie de discriminação positiva, que assegurem a determinadas minorias percentuais razoáveis para a efetivação da igualdade de oportunidades, como acesso ao emprego e à educação superior, por exemplo, também podem efetivar-se por meio do estabelecimento de critérios de preferência, sistema de bônus e incentivos fiscais (GOMES, 2001). Consigna-se que as minorias aqui referidas não precisam condizer necessariamente com as minorias quantitativas, mas sim com grupos que estão à margem daquilo de que melhor, ou ao menos mais digno, a convivência em sociedade pode ofertar.

A igualdade material é que está em jogo. Portanto, não se deve pensar em igualdade no ponto de chegada, mas sim no ponto de partida. Indivíduos inseridos em contextos sociais diversos não possuem as mesmas condições de atingir seus objetivos plenos, tais como profissões mais bem remuneradas, postos de comando etc. Iguala-se o ponto de partida de maneira desproporcional, corrigindo-se eventuais desequilíbrios sociais baseados em critérios como raça, sexo, cor, idade, origem etc. com o objetivo de proporcionar igualdade de oportunidades.

Outra característica importante das ações afirmativas é o fato de que não têm por fim perpetuarem-se em um determinado contexto, mas sim ser adotadas de maneira temporária até ao exato momento em que possam perfeitamente ser esquecidas ou desconsideradas. Com efeito, possuem como finalidade maior enraizar no âmago dos sujeitos sociais o respeito à diversidade, ao invés de atingir necessariamente determinados índices de sucesso.

Ademais, no tocante à eventual discriminação que as majorias passariam a suportar, oportuno é o ensinamento de Rocha (1996, p. 88), que atenta para o fato de que “os planos e programas das entidades públicas e particulares de ação afirmativa deixam sempre à disputa livre da maioria a maior parcela de vagas em escolas, empregos, em locais de lazer etc.” com vistas a salvaguardar o exercício

da liberdade pessoal e o princípio da não discriminação. Desse modo, as políticas de ações afirmativas sequer igualam o percentual de vagas disponíveis entre as minorias e as majorias, sendo apenas um meio de mitigar as diferenças históricas e culturais entre tais grupos. Não representam, portanto, uma medida extrema que cause um desequilíbrio social ou algo do gênero; ao contrário, têm por fim garantir que determinados grupos, vítimas de discriminação ao longo da história, sejam, até de forma exageradamente branda, comparada às atrocidades que sofreram no passado, compensados com o mínimo a permitir que se desenvolvam como indivíduos livres e plenos.

A compatibilidade das ações afirmativas com o ordenamento jurídico pátrio possui argumentos plausíveis e substanciais. Nesse sentido, a própria Constituição brasileira legitima a aplicabilidade das ações afirmativas, visto que assegura em seu art. 37, inciso VIII, por exemplo, a reserva percentual de cargos e empregos públicos aos portadores de deficiência, segundo critérios a serem definidos em lei. Ademais, estabeleceu menor tempo de contribuição e de idade para a mulher em relação ao homem, para fins de aposentadoria, tanto no setor público (art. 40, § 3º, III, alínea “a”) quanto no setor privado (art. 201, § 7º, I e II).

Nesse contexto, salienta-se que, de acordo com os termos do art. 3º, e incisos, da Constituição, que estabeleceu os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, verifica-se que os verbos utilizados na previsão normativa designam um comportamento ativo obrigacional por parte do Estado na busca pela igualdade, ao mesmo tempo em que reconhecem, implicitamente, que a sociedade brasileira não é livre, não é justa e que está arraigada em preconceitos. Assim, a mera proibição a tratamentos discriminatórios não permitiria a efetividade dos objetivos fundamentais que foram consagrados pelo próprio constituinte.

A adoção por parte do Estado de ações afirmativas, além de bancarem uma forma de reparação dos danos produzidos historicamente (que ainda persistem), apresenta, como principal vantagem adicional, a de contribuir para a manifestação de uma sociedade pluriétnica e multicultural, que privilegia a convivência entre os diferentes. Acerca disso, salienta-se que “a solidariedade multicultural libertadora não significa uma harmonia sólida entre as culturas, mas contém antagonismos e incertezas. Ela está mais orientada em potencializar pontos de interação do que harmonizar interesses conflitantes” (CARDOSO, 2003, p. 164). Nessa mesma esteira, importante reflexão é trazida à baila por Wedderburn (2005, p. 330), que estabelece como condição para a sobrevivência coletiva no século XXI a formação de um ambiente que propague a “coexistência harmônica entre culturas, civilizações, gêneros e segmentos étnicos ou raciais com base na equidade”.

Há que se destacar, dessa forma, que as ações afirmativas não só prestam contas à história como permitem a inclusão, a integração e a convivência entre os diferentes, representando um manifesto compromisso estatal para com a ratificação de uma sociedade plural. Vale dizer, ainda, que tal compromisso manifesta-se de

extrema importância, uma vez que a diversidade cultural teve o seu reconhecimento consubstanciado por meio da Declaração de Durban da Organização das Nações Unidas, no ano de 2001, no sentido de tratar-se de um elemento importantíssimo para o desenvolvimento e bem-estar da humanidade como um todo, enriquecendo a sociedade.

3 | AÇÕES AFIRMATIVAS E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O estudo das ações afirmativas transcende o Direito interno brasileiro, uma vez que tais políticas encontram fundamento no Direito Internacional, especialmente no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Contudo, antes de destacar os aspectos que justificam a atual conjuntura do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é mister trazer à baila uma definição do que se pode entender por *direitos humanos*, ainda que a tarefa esbarre em grande dificuldade.

Segundo Hesse (1986, apud BONAVIDES, 1993, p. 472), os direitos humanos podem ser definidos como um “conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade, igualdade e na dignidade”. Por oportuno, vale abrir um parêntese para a posição de Sarlet (2009, p. 101) a respeito da dignidade, que seria “um elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana [...] que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado”.

Peres Luño (1995) considera os direitos humanos como o conjunto de faculdades que, de acordo com o contexto histórico, pugna por concretizar exigências de dignidade, liberdade e igualdades humanas, a fim de que estas sejam positivadas tanto nos ordenamentos jurídicos internos quanto no plano do direito internacional.

No dizer de Piovesan (2006), os direitos humanos são reivindicações morais que nascem quando devem e podem nascer e que representam um construído axiológico que emerge a partir de um espaço representativo de luta e ação social.

Ademais disso, cumpre destacar a proposição de Lafer (1988) acerca do pensamento de Hannah Arendt no que concerne aos *direitos humanos*, do que se pode depreender que tais direitos não seriam um *dado*, mas sim um *construído*, uma invenção humana ligada à organização da comunidade política.

Registra-se que as definições aqui expostas não possuem o condão de esgotamento do tema, mas de apenas revelar a grande dificuldade que existe quando se procura enquadrar os *direitos humanos* em um conceito geral e abstrato, uma vez que, por reivindicarem valores morais necessários a uma vida digna, não podem apresentar um conceito estático e acabado.

Vale dizer, ainda, que o reconhecimento dos direitos humanos decorre de uma

lenta e contínua evolução histórica, marcada por alterações de interpretação e pela ampliação do conteúdo desses mesmos direitos. Assim, importa discorrer acerca da origem dos Direitos Humanos e seus principais desdobramentos históricos.

Nesse ponto, as revoluções liberais do século XVIII, mais precisamente as ocorridas nos Estados Unidos e na França, identificadas com o ideário iluminista, baseado na neutralidade estatal, marcaram a transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal e permitiram o nascimento do que se intitulou a primeira geração ou dimensão dos direitos humanos.

O registro público desse nascimento ocorreu por meio da Declaração dos Direitos da Virgínia, de 16 de junho de 1776, editada no contexto de luta pela independência dos Estados Unidos da América, e cujos ideais foram corroborados na Declaração de Independência, duas semanas depois (COMPARATO, 2013).

Na França, fundada sob o mesmo ideário iluminista e na revolução dos Estados Unidos da América, foi editada, no ato de inauguração da Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no ano de 1789, que se caracteriza como o primeiro documento formal desse País a reconhecer os direitos de liberdade e de igualdade dos seres humanos¹.

Tais direitos foram consagrados como direitos humanos (ou direitos fundamentais) e dizem respeito às liberdades e às garantias individuais. Concentram-se na limitação do poder político estatal e reconhecem que as instituições de governo devem ser utilizadas para o serviço dos governados. Dessa forma, são direitos inerentes ao ser humano de maneira que não podem ser objeto de mera concessão dos que exercem o poder.

Ademais, vale destacar que a igualdade adotada foi a formal, ou seja, baseou-se na proibição legal para que não houvesse tratamento desigual a quem quer que fosse. Possuía, portanto, um caráter negativo, na medida em que bastava a igualdade estar inserida no rol dos direitos fundamentais para que fosse considerada efetivada.

Durante o século XIX, em que pese a Europa ter apresentado importante desenvolvimento econômico, tal fato não acarretou a imediata melhoria socioeconômica do indivíduo. Na verdade, paralelamente ao avanço do liberalismo político e econômico, verificou-se a deterioração do quadro social, especialmente nos Estados mais desenvolvidos da Europa Ocidental e nos Estados Unidos (FERREIRA FILHO, 2011). Como consequência da ilusória igualdade formal (baseada apenas na lei) entre operários e patrões, o resultado não foi outro que a pauperização da classe trabalhadora já na primeira metade do século XIX.

Assim, considerando que a igualdade formal não demonstrou ser suficiente para a efetivação da igualdade entre os indivíduos, mormente porque a ideia da neutralidade

1 Ao contrário do ocorreu na Revolução Americana, que procurou restaurar os direitos de cidadania em face dos abusos do poder monárquico, na Revolução Francesa o que se buscou foi efetivar uma ruptura total com o passado e recomeçar a História outra vez do zero, o que se percebe muito bem com a mudança de calendário ocorrida. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 64.

estatal, bandeira do Estado Liberal, justificava a abstenção do Estado nesse sentido, cumpre glorificar as importantes transformações sociais que ocorreram nos Estados europeus ao longo do século XIX, resultado das intensas lutas de classes, inspiradas no movimento socialista de Karl Marx, que provocaram a mudança do Estado Liberal para o Estado Social e fizeram emergir os chamados direitos sociais ou os direitos humanos de segunda geração ou dimensão (Saúde, Educação, Trabalho etc).

Contudo, ressalte-se que a plena afirmação desses novos direitos sociais ocorreu já no século XX, por meio da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, na Alemanha (COMPARATO, 2013). O Estado, agora, passa a se preocupar com valores mínimos como o bem estar social e a distribuição das riquezas sociais.

A igualdade que passa a ser buscada é a igualdade material-efetiva, e, para tanto, o homem não pode ser considerado como um ser em abstrato, genérico, sem especificações, mas sim inserido em um contexto social, histórico etc. O caráter adotado para a efetivação da igualdade toma uma proporção positiva, isto é, o Estado passa a intervir frente à realidade política, econômica e social, a fim de promover a justiça social.

Segundo Santos (1997), é possível identificar um paradoxo entre os direitos humanos de primeira e segunda geração. Para o autor, enquanto que o reconhecimento dos direitos civis e políticos (primeira geração) resultaram da luta da sociedade contra o Estado, que seria o principal violador desses direitos; no que se refere aos direitos econômicos e sociais (segunda geração), ao Estado é atribuída a responsabilidade de ser o seu principal garantidor.

O reconhecimento dos direitos sociais e econômicos foi “o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX” (COMPARATO, 2013, p. 66). Não obstante, o mesmo movimento socialista não foi capaz de deter o fortalecimento dos regimes totalitários durante a década de 1930, e especialmente o antissemitismo difundido pela Alemanha Nazista.

Nesse contexto, Arendt (1997) assinala que os judeus eram o único elemento intereuropeu em uma Europa organizada em bases nacionais, e que os socialistas, em que pese os valores ideológicos de internacionalismo do movimento, estavam, na realidade, muito mais interessados em assuntos domésticos.

Além disso, enquanto a ideologia antissemita ganhava força no mundo dos Estados soberanos e das nacionalidades diferentes, os judeus viviam o dilema de não pertencerem a uma comunidade capaz de uni-los e protegê-los, já que não existia um Estado Judaico reconhecido à época, o que veio a ocorrer somente em 1948, com a instalação do Estado de Israel. Assim, a adaptação dos judeus aos povos europeus em que viviam, que se manifestou desde a interação com o idioma, com os costumes e até mesmo com algumas práticas religiosas, não foi suficiente para eliminar a concepção de ser um estrangeiro².

2 A esse respeito, ver EINSTEIN, Albert. *Como vejo o mundo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira,

Tal conjuntura acabou colaborando para a propagação do antissemitismo ao seu nível mais extremo, qual seja, a busca da implementação da “Solução Final”⁴, como denominavam os nazistas, que significava o extermínio do povo judeu na Europa e que culminou na morte de aproximadamente seis milhões de judeus durante a segunda guerra (1939-1945).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a derrocada do regime nazista, os direitos humanos necessitavam, então, ser reconstruídos, fundados, mais do que nunca, no valor supremo da dignidade humana. Registra-se que somente a partir desse momento histórico foi que o problema do reconhecimento dos direitos humanos transportou-se da esfera nacional para a internacional, passando a envolver, ineditamente, todos os povos (BOBBIO, 2004).

Assim, por meio da criação da Organização das Nações Unidas (ONU), no ano de 1945, a comunidade internacional estabeleceu a meta de preservar as gerações vindouras dos flagelos da guerra, a ser alcançada mediante um sistema de segurança coletivo. Baseando-se na cooperação, violações dos direitos humanos deveriam ser evitadas, conforme estabeleceu o art. 55 da Carta de São Francisco³.

Tal fato pode ser considerado como o marco inicial do Direito Internacional dos Direitos Humanos (RAMOS, 2012). A Carta de São Francisco ou, simplesmente, Carta da ONU, no entanto, caracteriza-se como um tratado constitutivo de uma organização internacional e, por essa razão, suas disposições são de ordem geral. Dessa forma, ainda que os seus Estados-Membros se comprometessem a cooperar para a promoção dos direitos humanos, a compreensão desses direitos diferia justamente entre tais Estados.

Nesse contexto, portanto, há que se destacar que importantes avanços para o desenvolvimento dos direitos humanos foram constatados. Contudo, ainda não existia uma concreta definição de quais seriam os direitos humanos a serem protegidos, nem de que forma isso ocorreria.

Importa dizer que foi por meio da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, que a ONU e seus Estados-Membros esclareceram o que entendiam como direitos humanos e liberdades fundamentais, inaugurando, em conjunto com a Convenção Internacional sobre a prevenção e punição do crime de genocídio, aprovada um dia antes também no âmbito da ONU, a existência dos direitos humanos de terceira geração ou dimensão, conhecidos como direitos dos povos e da humanidade (COMPARATO, 2013), ou, como preferem alguns, direitos de solidariedade ou fraternidade (FERREIRA FILHO, 2011).

1981, p. 50-58. ⁴ Para uma compreensão mais detalhada, ver ARENDT, Hannah. Eicchmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. Trad. José Rubens Siqueira. 1ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 59-77.

3 **Art. 55.** Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão [...] c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Ainda, conforme salienta Piovesan (2008), foi a partir da Declaração de 1948 que emergiu a chamada concepção contemporânea dos direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos.

Não obstante, importa mencionar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada sob a forma de Resolução da Assembleia Geral da ONU sem que lhe fosse atribuída caráter vinculante, mas de mera recomendação. Desse modo, como o texto da Declaração foi aos poucos perdendo força em razão de sua natureza jurídica, os Estados passaram a não mais cumprir o seu texto. Visando “salvar” o texto da Declaração Universal de 1948, foram produzidos dois tratados internacionais, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A produção de dois tratados deve-se ao fato de que depois da Segunda Guerra Mundial o mundo ficou dividido em dois blocos, o americano e o soviético. O bloco americano queria que fossem elaborados dois tratados, um de direitos humanos e outro de direitos econômicos e sociais. O bloco soviético, por outro lado, sustentava que um tratado seria suficiente. Prevaleceu a tese do bloco americano.

Apesar dessa separação, não há que se falar em divisão de direitos humanos, pois os dois tratados são frutos da mesma resolução (nº. 2.200-A, de 16 de dezembro de 1966), sendo que entraram em vigor internacional no mesmo ano, em 1976. Além disso, em 1968, a Conferência Internacional de Teerã⁴ deixou claro, em sua carta, que os direitos humanos são indivisíveis.

Assim, o conjunto da Carta da ONU, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como dos Pactos Internacionais (Direitos Civis e Políticos e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) formam o que se considera a Carta Internacional dos Direitos Humanos que reivindica alcance universal. Com isso, a partir desse conjunto normativo, houve um processo de universalização dos direitos humanos, permitindo a instauração de um sistema internacional de proteção, formado por tratados internacionais que buscam o alinhamento ético contemporâneo no sentido de estabelecer o consenso internacional a respeito de temas cruciais dos direitos humanos com vistas a salvaguardar aquilo que eticamente deve ser irredutível.

Cabe frisar que, em um primeiro momento, a proteção dos direitos humanos foi marcada pela tônica da proteção geral, que combatia a diferença apenas pelo conceito da igualdade formal. Entretanto, tal situação se mostrou insuficiente para por termo às desigualdades de fato, uma vez que para isso o indivíduo não deveria ser tratado de forma genérica, geral e abstrata, mas sim especificado em sua complexidade, sendo considerado sujeito de direito de forma determinada. A proteção, antes geral

⁴ A Conferência Internacional de Teerã foi a primeira Conferência Mundial de Direitos Humanos e representou a mudança do estágio de elaboração dos primeiros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos (Pactos de 1966) para o estágio de implementação desses instrumentos. Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A consolidação da capacidade processual dos indivíduos na evolução da proteção internacional dos direitos humanos: quadro atual e perspectivas na passagem do século. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio (Org). *Direitos humanos no século XXI*. [s.l.]: IPRI-FUNAG, 1998, p.19.

e abstrata, deu lugar à proteção especial e particularizada a determinados grupos. Assim, a própria diferença, que era utilizada como alvo para a desconsideração de direitos, passa a ser considerada justamente para a promoção desses direitos. As chamadas minorias, portanto, deveriam ser consideradas em suas particularidades, permitindo que, paralelamente à igualdade, o direito à diferença também fosse tido como um direito fundamental.

Nesse diapasão, Piovesan (2006) entende que o conceito de igualdade deve ser considerado sob três vertentes, quais sejam, a) igualdade formal, representando a ideia de que todos são iguais perante a lei; e b) igualdade material, sendo que esta se subdivide em duas espécies, a saber: b.1) igualdade material baseada sob o ideal da justiça social distributiva, que considera aspectos socioeconômicos; b.2) igualdade material baseada sob o ideal de justiça por meio do reconhecimento de identidades de diferentes gêneros, idade, manifestação sexual, etnia, raça, etc.

Nessa mesma esteira, acerca da igualdade material, são os ensinamentos de Santos (2003), que afirma que somente por meio do reconhecimento aliado à redistribuição será possível a realização da igualdade. Por conseguinte, para a efetivação da igualdade material, não basta que se promova a justiça social distributiva, há que se reconhecer também as diferentes identidades com suas peculiaridades.

Tendo em vista que a discriminação manifesta-se quando somos tratados igualmente, ainda que diferentes, e de maneira diferente, em situações nas quais deveríamos ser tratados como iguais, o Direito Internacional dos Direitos Humanos vale-se de duas estratégias no combate à discriminação, a saber: a) a estratégia repressivo-punitiva, que cuida de punir, proibir, a fim de eliminar a discriminação; b) a estratégia promocional, que cuida, por sua vez, de promover, fomentar e avançar na busca pela igualdade (PIOVESAN, 2006).

No tocante à estratégia repressivo-punitiva, a maior urgência se dá em erradicar todas as formas de discriminação. Para tanto, o combate à discriminação é medida essencial na garantia do pleno exercício dos direitos civis e políticos, bem como dos direitos sociais, econômicos e culturais. Cuida, portanto, de implementar o direito à igualdade, combatendo a discriminação de forma negativa, repressiva, uma vez que se baseia no conceito da igualdade formal.

Quanto à estratégia promocional, esta se desenvolveu devido ao fato do combate à discriminação de forma repressiva, por si só, não se mostrar suficiente. Dessa forma, baseia-se na ideia de que é fundamental conjugar a vertente repressiva com a promocional.

É necessário, de fato, combinar a proibição da discriminação com medidas promocionais compensatórias que visem a acelerar o processo da igualdade. Em outras palavras, não basta apenas proibir a discriminação com uma legislação repressiva, é essencial o desenvolvimento de estratégias capazes de promover e estimular a inserção social de grupos desfavorecidos e marginalizados historicamente.

Dessa forma, pode-se afirmar que, para o Direito Internacional dos Direitos

Humanos, o combate à discriminação só terá êxito por meio de medidas reais que promovam a igualdade material. Nesse contexto, as ações afirmativas podem ser consideradas como poderoso instrumento de inclusão social, em consonância com os objetivos do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

4 | AÇÕES AFIRMATIVAS E TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.

Estabelecida a relação entre as ações afirmativas e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, é necessário identificar de que forma ocorre a incorporação das normas internacionais de direitos humanos no ordenamento pátrio. Para tanto, vale-se do que preconiza o art. 5º, 2º, da Constituição Federal. Nesse sentido, o disposto no § 2º, do dispositivo em análise, estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Há que se destacar, entretanto, que doutrina e jurisprudência divergem sobre o tema.

Nesse ponto, portanto, importantes considerações fazem-se necessárias.

A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que inseriu o § 3º ao artigo 5º, estabeleceu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Tal dispositivo fez com que doutrina e jurisprudência debatessem sobre com qual status os tratados de direitos humanos seriam incorporados ao sistema jurídico brasileiro.

Acerca disso, quatro linhas de entendimento podem ser expostas, a saber: a) natureza supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos; b) natureza constitucional dos documentos internacionais de direitos humanos; c) natureza de lei ordinária dos tratados internacionais de direitos humanos; e d) natureza supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos.

A primeira corrente é defendida por Mello (1999), que sustenta a aplicação da norma que seja mais benéfica ao ser humano, independente de sua origem. A crítica a essa corrente reside na insuficiência de sua aplicação quando dois direitos entram em colisão aparente, sendo difícil identificar qual seria a norma mais favorável, uma vez que proteger determinado indivíduo, em algumas situações, significa desproteger outro (RAMOS, 2012).

A segunda corrente, a que defende o caráter constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, é defendida por autores como Ingo Sarlet e Flávia Piovesan. Sobre o tema, Sarlet (2009, p. 124) defende a equiparação entre os

direitos fundamentais⁵ independente da origem (interna ou internacional) e pugna pela “construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos”.

Para Piovesan (2003, p. 58), os direitos constantes dos tratados internacionais de direitos humanos “integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais”

A corrente em questão parecia ter sua tese acatada de forma pacífica, eis que doutrina e jurisprudência, de forma significativa, entendiam que os tratados internacionais tradicionais possuíam força hierárquica de norma infraconstitucional, ao passo que os tratados internacionais de direitos humanos constituir-se-iam em norma de hierarquia constitucional. Contudo, com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, a discussão acerca da matéria foi retomada, passando a ser objeto de novas interpretações jurisprudenciais, consoante se verifica em dois julgados do Superior Tribunal de Justiça, RHC 19975/RS e o RHC 18799/RS, com entendimentos divergentes sobre a hierarquia de tais tratados, principalmente no que se refere aos tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento brasileiro antes da Emenda Constitucional 45/2004, no sentido da necessidade de observarem ou não o requisito formal de aprovação, em dois turnos, em cada casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos respectivos membros para serem considerados equivalentes às emendas constitucionais.

Verifica-se, dessa forma, que o tema ainda não se encontra pacificado pela doutrina e jurisprudência, mesmo com a inserção do § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal. Acerca disso, conforme Emerique e Guerra (2008), em que pese o tema suscitar divergência de posicionamento, os tratados internacionais de direitos humanos seriam, de qualquer sorte, materialmente constitucionais, apresentando apenas a variação de formalmente constitucionais, dado o rito de aprovação quando incorporados ao ordenamento jurídico interno brasileiro. Tal posicionamento coaduna com o magistério de Lafer (2005), que entende que a partir da Emenda Constitucional n 45/2004, para que os tratados internacionais de direitos humanos sejam reconhecidos formalmente, como normas constitucionais, devem obedecer ao rito do parágrafo 3º, do artigo 5º da Constituição Federal.

Uma terceira corrente entende que os tratados de direitos humanos ao serem incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro possuiriam a natureza de lei ordinária. Tal corrente foi adotada no Brasil tendo como referência a manifestação do Supremo

5 Cumpre destacar a imprecisão terminológica que existe na doutrina para referir-se ao tema dos Direitos Humanos, sendo que, comumente, a expressão *direitos humanos* é utilizada em alusão a direitos consagrados sobre a matéria em tratados internacionais, ao passo que a expressão direitos fundamentais aplicar-se-ia aos direitos de mesma natureza positivados pelo Direito Constitucional de determinado Estado. Cf RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28.

Tribunal Federal no Recurso Especial n. 80.004/SE, que tratou da colisão entre normas de direito internacional com normas de direito interno, aplicando a máxima *lex posteriori derogat priori*, tendo em vista a ausência de critérios expressos na Constituição.

Em novo julgamento, a matéria foi retomada pelo STF na apreciação pelo Plenário da Corte do HC 72.131 RJ, que versava sobre a prisão civil do depositário infiel. Novamente o STF reafirmou o entendimento no sentido de que os diplomas normativos de natureza internacional ingressam no ordenamento nacional com o mesmo status de norma ordinária, sendo que os eventuais conflitos atinentes à norma interna e à norma internacional encontrariam solução na ideia de que a lei posterior revoga a lei anterior. Tal corrente, entretanto, encontra-se superada pela jurisprudência do próprio STF, conforme se depreende da corrente seguinte, que defende a suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos. Com isso, a atribuição de status de lei ordinária aos tratados internacionais aplicarse-ia tão somente àqueles que não versem sobre direitos humanos.

Uma quarta e última corrente sobre o tema adota a ideia de que os tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento brasileiro sem a observância *pro forme* do disposto no § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal, possuem a natureza de norma suprallegal, ou seja, estariam abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias.

Tal entendimento foi concebido no STF, a partir do voto do Ministro Sepúlveda Pertence no RHC nº 79785-RJ, consolidando-se, no entanto, por meio do voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 466343, que reconheceu a impossibilidade de prisão do depositário infiel no Brasil porque foi proibida essa modalidade de prisão pelo Pacto de San Jose da Costa Rica de 1969.

O Pacto, desde que ratificado, nunca foi considerado inconstitucional (apesar de a Constituição Federal permitir a prisão civil do depositário infiel) porque extinguiu uma das exceções da prisão civil e ampliou o direito constitucional de um indivíduo não ser preso. Hoje não há a prisão do depositário infiel porque o Pacto de San José tem *status* de suprallegalidade e prevalece sobre as normas em sentido contrário.

Tendo em vista o status dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico apresentarem, para importante parte da doutrina, natureza de norma constitucional, pode-se entender a real importância a ser dada aos tratados ratificados pelo Brasil que autorizam a adoção de ações afirmativas.

Sendo assim, existem dois importantes instrumentos ratificados pelo nosso país que permitem, de forma expressa, a utilização de medidas positivas que tenham por escopo reduzir os efeitos da discriminação, quais sejam, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra a Mulher, sendo que estes seriam considerados normas materialmente constitucionais (ou suprallegais).

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial,⁶

6 Art. 1º - 4. Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com

ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968, trata da questão em seu artigo 1º, nº 4. Nessa mesma esteira dispõe o art. 4º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher⁷, ratificada pelo Brasil em 1984.

Outro importante documento que permite a adoção de discriminações positivas é a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, introduzida ao ordenamento jurídico brasileiro nos termos inovadores da Emenda Constitucional nº 45/2004, sendo, portanto, considerada norma formalmente constitucional, conforme explicitado anteriormente. Trata-se, até o presente momento, do único instrumento internacional de direitos humanos que observou o rito formal de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Dessa forma, vale dizer que as ações afirmativas encontram em nosso sistema amplo respaldo jurídico, uma vez que sua adoção decorre tanto de normas oriundas do direito interno propriamente dito quanto das incorporadas ao ordenamento nacional em razão de documentos internacionais. Constata-se, com isso, que o plano interno está em consonância com o plano internacional no objetivo de resolver um dos maiores problemas sociais, a discriminação real suportadas pelas minorias.

5 | CONCLUSÃO

Ações afirmativas são medidas discriminatórias positivas adotadas com o objetivo de favorecer grupos minoritários que sofreram discriminação em determinado momento histórico e que transcendem o argumento de que todos são iguais perante a lei – igualdade formal –, já que este não foi suficiente para erradicar o preconceito e as constantes injustiças ao longo dos séculos. Assim sendo, considerando que grupos marginalizados socialmente não se encontram em situação de igualdade material, pois não possuem as mesmas condições para alcançarem o sucesso em suas vidas, adotam-se tais medidas discriminatórias a favor de quem sofre a discriminação para que o ponto de partida seja igualado, a fim de permitir, também, que o ponto de chegada seja o mesmo.

Sob o ponto de vista jurídico, as políticas de ações afirmativas encontram precedentes inclusive na Constituição brasileira, como no caso dos deficientes físicos e das mulheres. Além disso, tais políticas justificam-se para que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, constantes no art. 3º da Lei Maior,

o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da 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.

⁷ Artigo 4º - 1. A adoção pelos Estados-partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre 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.

fossem alcançados. Tais objetivos clamariam, ainda, por um agir positivo, ao mesmo tempo em que reconheceriam, implicitamente, que o Brasil não se constitui como uma sociedade livre, justa e sem preconceitos.

Os direitos humanos propriamente ditos consistiriam em reivindicações morais, com origem no momento exato em que deveriam e poderiam nascer. Ademais, traduzem-se em processos que se constituem a partir de espaços de luta pela dignidade humana e sua manutenção, consolidando-se, em razão disso, em um sistema de valores capaz de reivindicar validade universal.

Consigna-se, ainda, que o Direito Internacional dos Direitos Humanos vale-se de duas estratégias no combate à discriminação, a estratégia repressivo-punitiva, tendo como foco a punição, e a estratégia promocional, preocupada em promover a igualdade material. Dessa forma, as ações afirmativas adotadas pelo Brasil guardam estrita relação com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, uma vez que também decorrem de convenções internacionais de direitos humanos ratificadas pelo Brasil, e, portanto, pertencentes ao ordenamento pátrio, que autorizam a adoção de tais medidas.

Por derradeiro, considerada a discriminação uma construção histórica, as ações afirmativas buscam justamente desconstruir tal legado negativo, podendo ser interpretadas como medidas efetivas que possuem como fim maior a promoção do próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos, enquadradas no contexto da estratégia promocional de combate à discriminação.

REFERÊNCIAS

ARENDR, Hannah. **Origens do Totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo e totalitarismo. trad. roberto raposo. 8ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

ARENDR, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Trad. José Rubens Siqueira. 1ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A consolidação da capacidade processual dos indivíduos na evolução da proteção internacional dos direitos humanos: quadro atual e perspectivas na passagem do século. In PINHEIRO, Paulo Sérgio (Org). **Direitos humanos no século XXI**. [s.l]: IPRI-FUNAG, 1998.

CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. **Tolerância e seus limites**: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade. São Paulo: Unesp, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

EINSTEIN, Albert. **Como vejo o mundo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.

EMERIQUE, Lilian Balmant et al. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. **Revista Jurídica**, Brasília. v. 10, n. 90, Ed. Esp., p.0134, abr./maio, 2008.

FERES JR, João et al. Ação afirmativa na Índia e no Brasil: um estudo sobre a retórica acadêmica. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 17, nº 40, set/dez 2015, p. 92-123.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005.

_____. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MELLO, Celso A. O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal *In* TORRES, Ricardo Lobo (Org). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

OLIVEN, Arabela Campos. Ações afirmativas, relações raciais e política de cotas nas universidades: uma comparação entre os Estados Unidos e o Brasil. **Educação**, Porto Alegre, v. 30, jan./abr. 2007.

PIOVESAN, Flávia. A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. *In*: **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. Ações afirmativas e direitos humanos. *In*: **Revista USP**, São Paulo, n.69, março/maio 2006.

PERES LUÑO, Antônio. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público** nº 15/1996.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento da diferença e da igualdade. *In* **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003.

_____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos *In*: **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra, nº 48, junho, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. Ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WEDDERBURN, Carlos Moore. Do marco histórico das políticas públicas de ação afirmativa *In*: SANTOS, Sales Augusto dos (Org). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas américas**. Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005.

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-85107-25-3

