

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO “O NOVO DIREITO INTERNACIONAL”

Reynaldo Alan de Castro Filho

**AÇÕES AFIRMATIVAS COMO MECANISMO DE PROMOÇÃO DO DIREITO
INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

Porto Alegre
2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO “O NOVO DIREITO INTERNACIONAL”

Reynaldo Alan de Castro Filho

**AÇÕES AFIRMATIVAS COMO MECANISMO DE PROMOÇÃO DO DIREITO
INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização “O Novo Direito Internacional”, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista.

Orientador: Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Júnior

Porto Alegre
2014

“Entre o sono e o sonho,
Entre mim e o que em mim,
É o quem eu me suponho
Corre um rio sem fim”.
Fernando Pessoa

RESUMO

O presente trabalho cuidou do estudo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua relação com as políticas de ações afirmativas. Destarte, ao estabelecer um paralelo entre tais disciplinas, verificou-se que a adoção de tais políticas pode, de fato, decorrer tanto de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que as autorizam, quanto do direito interno propriamente dito. Ademais, uma vez que as ações afirmativas têm por objetivo combater a discriminação construída ao longo da história, portanto, arraigada no imaginário coletivo, por meio de ações positivas, também chamadas de discriminações positivas, a partir de uma atuação ativa, na desconstrução de tal injustiça, a fim de promover a igualdade material, que proporciona igualdade de condições no ponto de partida e não apenas no ponto de chegada, podem ser entendidas como um meio legítimo e efetivo na promoção do Direito Internacional dos Direitos humanos, considerada a estratégia promocional de que pode se valer esse ramo específico do Direito Internacional Público.

Palavras Chave: Ações afirmativas. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Igualdade Material.

ABSTRACT

This study treats about the international human rights law and its relationship with the affirmative action policies. Thus, to make a parallel between these disciplines, it was found that the adoption of such policies may in fact stem from as the international human rights treaties ratified by Brazil, authorizing them, as the domestic law itself. Moreover, since affirmative action aim to combat discrimination built throughout history, so ingrained in the collective imagination, through positive actions, also called positive discrimination, from an active role in the deconstruction of such injustice in order to promote substantive equality, which provides an equal footing at the starting point, not just at the point of arrival, can be understood as a legitimate and effective means in promoting the International Law of Human Rights, considered the promotional strategy of this particular branch of public international law.

Keywords: Affirmative action. International human rights. Material equality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS	9
1.1 ORIGEM DA IGUALDADE FORMAL E CONTEXTUALIZAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL	9
1.2 ORIGEM HISTÓRICA E DEFINIÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS	11
1.2.1 Critérios, modalidades e objetivos	12
1.2.2 Minorias contempladas e questão racial	14
1.2.3 Argumentos contrários	17
1.2.4 Compatibilidade Jurídica das ações afirmativas	20
1.3 AÇÕES AFIRMATIVAS E MULTICULTURALISMO	21
2 DIREITO INTERNACIONAL DOS HUMANOS	23
2.1 CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS	23
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CONCEPÇÃO PARA A PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	25
2.3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS HUMANOS	30
2.4. SISTEMAS DE DIREITOS HUMANOS	31
2.5 DIMENSÕES (“GERAÇÕES”) DE DIREITOS HUMANOS	33
2.6 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E COMBATE À DISCRIMINAÇÃO	35
3 AÇÕES AFIRMATIVAS E DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	37
3.1 OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	37
3.2 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS RATIFICADOS PELO BRASIL AUTORIZADORES DAS AÇÕES AFIRMATIVAS.....	43
3.3 AS POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS COMO MEIO DE PROMOÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	44
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho concentra-se no estudo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua relação com as políticas de ações afirmativas. Trata-se, portanto, de um tema de extrema e 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 ou na legislação infraconstitucional nacional, mas também em princípios do Direito Internacional ou até mesmo em tratados internacionais de direitos humanos que porventura venham a ser ratificados pela República Federativa do Brasil.

O presente trabalho tem por objetivo geral estabelecer um paralelo entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos de um lado e as políticas de ações afirmativas do outro, relacionando-os quando e se possível. Como objetivo específico, pretende-se demonstrar se efetivamente a adoção de políticas de ações afirmativas pela República Federativa do Brasil pode decorrer de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil que autorizariam tais medidas, e se tais políticas podem ou não 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 terá como enfoque a igualdade material a ser buscada pelas ações afirmativas, a fim de combater injustiças reais que se manifestam no cotidiano, fruto de longa construção histórica repressiva e discriminatória, e que atingem 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 com 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.

Isso posto, o trabalho divide-se em três capítulos. O primeiro capítulo cuidou das políticas de ações afirmativas propriamente ditas, enquanto medidas compensatórias na busca da igualdade real, e sua compatibilização com o direito constitucional brasileiro. O segundo capítulo, por seu turno, tratou especificamente do Direito Internacional dos Direitos Humanos, enquanto um ramo autônomo do

Direito Internacional Público, representando um construído, fruto de reivindicações morais a partir de lutas e ações sociais, e suas principais estratégias na busca para combater a discriminação de forma efetiva. O terceiro capítulo tratou, de forma derradeira, a relação que guarda as políticas de ações afirmativas com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mormente no tocante à promoção da igualdade material como forma de efetivação do próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Há que se ressaltar que o desenvolvimento do tema se deu à luz de aspectos teóricos que justificariam ou não a adoção de tais medidas discriminatórias como forma de compensar o sofrimento suportado pelas minorias ao longo da história. Não cuidou, por conseguinte, de critérios objetivos que obviamente necessitam existir quando da efetiva implementação das ações afirmativas.

Por fim, importante lembrar que as ideias aqui apresentadas não possuem a menor intenção de serem vistas como absolutas, face à complexidade e à interdisciplinaridade do assunto. O que se buscou, pois, foi chamar a atenção para a importância do tema e fomentar o debate nesse sentido.

1 POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS

1.1 ORIGEM DA IGUALDADE FORMAL E CONTEXTUALIZAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL

As políticas de ações afirmativas precisam ser entendidas a partir de um contexto mais amplo do que o estudo isolado de sua definição, objetivos, modalidades etc. Isso ocorre porque tais políticas estão conectadas com a própria concepção do modelo de Estado que é adotado hodiernamente. Não obstante o objeto do presente trabalho cuidar, especificamente, da relação entre as políticas de ações afirmativas e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, é imprescindível analisar os elementos que marcaram a transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal, pois tais elementos servirão de base para constatações em compasso com a atual realidade.

As revoluções liberais do século XVIII, mais precisamente as ocorridas nos Estados Unidos e na França, contribuíram significativamente e mais do que isso foram pioneiras na concepção da igualdade dos indivíduos perante a lei. Fruto do ideário iluminista, baseado na neutralidade estatal, a igualdade adotada foi a formal, ou seja, baseou-se na proibição legal para que não houvesse tratamento desigual a quem quer que fosse. Vale dizer que possuía um caráter negativo, isto é, bastava estar a igualdade incluída no rol dos direitos fundamentais para que fosse considerada efetivada. A igualdade formal, todavia, não demonstrou ser suficiente para a efetivação da igualdade entre os indivíduos, mormente porque a idéia da neutralidade estatal, bandeira do Estado Liberal, justificava a abstenção do Estado nesse mister.

Isso posto, cumpre lembrar que as transformações sociais que ocorreram nos Estados europeus, ao longo do século XIX, resultado das intensas lutas de classes, inspiradas em Marx, provocaram a mudança do Estado Liberal para o Estado Social e fizeram surgir os chamados direitos sociais, também conhecidos como a segunda geração dos direitos fundamentais. O Estado, agora, passa a se preocupar com valores mínimos como o bem estar social e a distribuição das riquezas sociais.

Atente-se para o fato que a distribuição de tais riquezas, como assinala Darcy Azambuja¹, “deve estar subordinada a uma regra obrigatória, que será uma regra de justiça social, pois se trata da distribuição de benefícios sociais; será uma regra de justiça distributiva”. Outrossim, não serão somente os benefícios que terão de observar a regra da justiça distributiva, mas também os encargos, compreendendo, dessa forma, desde o acesso ao emprego e a utilização dos serviços até mesmo aos impostos.

A justiça distributiva, por seu turno, também carece ser entendida de maneira peculiar e outra vez para isso vale-se das palavras de Darcy Azambuja², que assim expõe:

A justiça distributiva [...] deve portanto realizar-se não como uma igualdade quantitativa, por serem todos os cidadãos iguais, mas sim como uma igualdade proporcional, sendo cada um chamado a participar da distribuição dos benefícios segundo regras gerais válidas para todos mas deduzidas da condição das pessoas, de sorte que a situações diversas e desiguais, correspondam tratamentos proporcionalmente diversos e desiguais. A verdadeira igualdade consiste em tratar desigualmente indivíduos desiguais e na proporção dessa desigualdade.

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 considerado 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, adotando, se for o caso, medidas desproporcionais em relação aos atores envolvidos em nome de um valor maior.

Importante salientar que a busca pela igualdade material não se contrapõe ao reconhecimento da igualdade formal. Contudo, esta não pode ser apreciada de maneira absoluta, já que em nome do bem estar social há que dar lugar ao amor, à solidariedade, pois certamente há situações em que indivíduos necessitam ser tratados de maneira desiguais.

¹ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 21. ed. Porto Alegre: Globo, 1982, p. 382.

² Ibid., p. 387.

1.2 ORIGEM HISTÓRICA E DEFINIÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Haja vista que os traços sobre o tema até aqui desenvolvidos tinham por escopo servir de base para o restante da discussão, necessário se faz trazer à baila alguns entendimentos acerca das políticas de ações afirmativas. Destarte, embora as políticas de ações afirmativas adquirirem 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 uma representação diferenciada dos segmentos populacionais tidos como inferiores. Conforme destaca Carlos Moore Wedderburn³, para Bhimrao, os privilégios das “castas superiores” somente seriam mitigados a partir da instituição de políticas públicas diferenciadas e constitucionalmente protegidas em favor da igualdade para todos os segmentos sociais.

Isso posto, sua maior repercussão ocorreu, de fato, 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, conforme Arabela Campos Oliven⁴, 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. Ainda, segundo a autora, as ações afirmativas têm por objetivo

³ WEDDERBURN, Carlos Moore Wedderburn. 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, p. 308.

⁴ 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, p. 30.

incentivar as organizações a adotarem condutas positivas no sentido de favorecer tais grupos e minorias a terem oportunidade de galgar aos postos de comando.

A definição proposta por Joaquim B. Barbosa Gomes⁵, também vai na mesma esteira, contudo, apresenta algumas nuances diversas, como se vê a seguir:

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar 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.

Assim, como explicitam os autores, além de políticas públicas, as ações afirmativas podem manifestar-se através de políticas privadas de caráter compulsório ou facultativo. Percebe-se, com isso, que as ações afirmativas tendem a ser adotadas em segmentos diversos da sociedade, a fim de potencializar ao máximo os seus alcances.

1.2.1 Critérios, modalidades e objetivos

Entre os possíveis critérios a serem observados, na promoção de políticas de ações afirmativas, destacam-se três, quais sejam: a) existência de um comando-dever constitucional, à qual a diferenciação estabelecida deve obediência a uma norma programática que determina a redução das desigualdades sociais; b) a diferenciação deve ser específica, definindo claramente quais situações ou indivíduos serão beneficiados; e, por fim, c) ser eficiente, no sentido de existir um nexo causal entre a prioridade legal concedida e a igualdade socioeconômica almejada⁶.

No que concerne às modalidades de ações afirmativas, estas podem fazer valer-se através da adoção de cotas mínimas, que assegurem a determinadas minorias percentuais razoáveis para a efetivação da igualdade de oportunidades, como acesso ao emprego e à educação superior, por exemplo, ou, ainda, por meio

⁵ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40.

⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro In: SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005, p. 75.

do estabelecimento de critérios de preferência, sistema de bônus e incentivos fiscais.⁷ Diga-se de passagem que as minorias aqui referidas não precisam condizer necessariamente com as minorais quantitativas, mas sim com grupos que estão à margem daquilo de que melhor, ou ao menos mais digno, a convivência em sociedade pode ofertar.

É importante frisar que as ações afirmativas não devem ser confundidas ou limitadas à ideia de cotas. Nesse sentido, Wania Sant'Anna e Marcello Paixão⁸ salientam o que segue:

Segundo Huntley [...] 'ação afirmativa é um conceito que, usualmente, requer o que nós chamamos metas e cronogramas. Metas são um padrão desejado pelo qual se mede o progresso e não se confundem com cotas. Opositores da ação afirmativa nos Estados Unidos frequentemente caracterizam metas como sendo cotas, sugerindo que elas são inflexíveis, absolutas, que as pessoas são obrigadas a atingi-las'.

A política de ação afirmativa não exige, necessariamente, o estabelecimento de um percentual de vagas a ser preenchido por um dado grupo da população. Entre as estratégias previstas, incluem-se mecanismos que estimulem as empresas a buscarem pessoas de outro gênero e de grupos étnicos e raciais específicos, seja para compor seus quadros, seja para fins de promoção ou qualificação profissional. Busca-se, também, a adequação do elenco de profissionais às realidades verificadas na região de operação da empresa. Essas medidas estimulam as unidades empresariais a demonstrar sua preocupação com a diversidade humana de seus quadros. [...] A ação afirmativa parte do reconhecimento de que a competência para exercer funções de responsabilidade não é exclusiva de um determinado grupo étnico, racial ou de gênero. Também considera que os fatores que impedem a ascensão social de determinados grupos estão imbricados numa complexa rede de motivações, explícita ou implicitamente, preconceituosas.

Visam, por conseguinte, a uma ação positiva do Estado, com o objetivo de corrigir as desigualdades e as discriminações. A igualdade material é que está em jogo, portanto, não se deve pensar em igualdade no ponto de partida, mas sim no ponto de chegada. 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. Igualar-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.

⁷ Nesse sentido: GOMES, 2001, p. 148.

⁸ SANT'ANNA, Wania; PAIXÃO, Marcello. Muito além da senzala: ação afirmativa no Brasil apud GOMES, 2005, p. 76-77.

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

1.2.2 Minorias contempladas e questão racial

Dentre as minorias para as quais as ações afirmativas apontam como alvo a serem atingidos por discriminações positivas, corrigindo discriminações reais, encontram-se as mulheres, as pessoas portadoras de deficiência e os negros. No Brasil, as políticas de ações afirmativas de cunho racial configuram-se como verdadeiras medidas compensatórias, a fim de corrigir desigualdades seculares que ainda podem ser vivenciadas cotidianamente. Acerca disso, vale mencionar que os negros obtiveram sua liberdade com a assinatura da Lei Áurea em 13 de maio de 1888, no entanto a eles não foi assegurado nenhum direito. Nem direito à terra, nem direito à educação, e nem ao menos o direito ao trabalho remunerado. Com efeito, embora fossem “livres”, não se poderia esperar muito mais de um País que, como ressalta Arabela Campos Oliven⁹, “foi Império a partir da Independência até quase o início do século XX”, sendo muito mais seduzido por valores elitistas do que republicanos. Vale lembrar que o Brasil foi o último país do Ocidente a abolir o trabalho escravo.

Marilena Chauí¹⁰, ao analisar a sociedade brasileira, aponta que esta é determinada, em sua origem histórica, pela *cultura senhorial* com apreço ao privilégio e à fidalguia e que se vale do consumo luxuoso para demarcar a distância social de classes. A autora destaca, ainda, que a sociedade brasileira é extremamente afeiçoada aos signos e prestígios de poder, e chama a atenção para a exacerbada valorização dos diplomas habilitadores de atividades não-manuais em detrimento ao trabalho manual.

⁹ OLIVEN, 2007, p. 31.

¹⁰ CHAUI, Marilena. **Brasil**: mito fundador e sociedade autoritária. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000, p. 92.

Pode-se citar, ainda, as políticas adotadas pelo Estado brasileiro de incentivo aos imigrantes europeus em detrimento da população negra. Acerca disso, vale-se do trecho destacado no voto do relator do Projeto de Lei nº 6264, na Câmara Federal, deputado Antônio Roberto, de autoria do professor Edson Cardoso¹¹, que culminou no Estatuto da Igualdade Racial:

Em 1824, o Estado Imperial tinha derrotado na Constituinte propostas que existiam na primeira Constituição de acabar com a escravidão. O Estado que surge, o Brasil que surge, aceita brasileiros que podem ser escravizados por outros brasileiros, porque em 1822 as pessoas não eram só fruto do tráfico, já havia pessoas nascidas no Brasil. É assim que surge o Estado brasileiro, ou seja, é parte da entranha do Estado Brasileiro esse tipo de discriminação em que uns seres humanos são tão superiores que podem ser senhores e outros tão inferiores que podem ser escravos. É assim que surge o Estado brasileiro.

Logo em seguida, o que o Estado Imperial faz? Através da Decisão nº 80, de 31 de Dezembro de 1824, assina por Luís José de Carvalho e Melo, estabelece-se uma colônia de alemães em São Leopoldo, no Rio Grande do Sul, e alega-se o seguinte na decisão: “pela superior vantagem de se empregar gente branca livre e industriosa”.

Se projetarmos quem ficou em São Leopoldo, porque os escravos são retirados do Rio Grande do Sul e remetidos para a Corte, se formos examinar aquela região do Rio Grande do Sul – Vale dos Sinos, as pequenas propriedades – e olhar o Rio de Janeiro, com suas favelas e tal, o que vamos constatar? Que essa realidade criada hoje foi desenhada através de políticas de Estado.

Então, existe uma responsabilidade do Estado brasileiro, do Estado imperial, do Estado republicano, na criação, na construção e na consolidação das desigualdades raciais hoje presentes no Brasil. Existe uma responsabilidade muito concreta do Estado nesse quadro.

Destarte, resta clara a política de “branqueamento” da população e a conseqüente marginalização do negro, sendo que o Estado brasileiro teve forte influência para a materialização dessa realidade. Eis que tal informação é reforçada pelas idéias de Max Leclerc¹² – jornalista francês enviado como correspondente do jornal parisiense para cobrir o período republicano brasileiro, chegado ao Brasil um ano após a abolição (1889) – que percebeu que o escravismo representou um forte fator coercitivo para a organização da sociedade imperial, chamando a atenção para o fato de isso ter impedido a constituição da família, a base para a formação da

¹¹ BRASIL. **Projeto de Lei nº 6264.** Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/587413.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2014.

¹² LECLERC, Max. Cartas do Brasil. Trad. Sergio Milliet. São Paulo: Nacional, 1942, p. 156-157 apud LISBOA, Karen Macknow. Olhares estrangeiros sobre o Brasil do século XIX In: MOTA, Carlos Guilherme (Org.). **Viagem incompleta: a experiência brasileira (1500-2000)**. São Paulo: Senac, 2000, p. 265-299.

sociedade moderna. Como alternativa, pleiteia, urgentemente, a vinda de imigrantes europeus para que estes fossem tidos como exemplo na formação dos valores familiares, eis que seriam imaculados do elemento servil. Ademais, ressalta Karen Mackow Lisboa¹³ que:

[...] a notória insistência para a vinda de colonos europeus não somente deveria solucionar o caso da mão-de-obra, educando e disciplinando o trabalhador, mas, em última instância, também seriam eles úteis para acelerar o branqueamento da sociedade. Pois abolir a escravidão não resolvia o problema do grande contingente de mão-de-obra de origem escrava e tampouco a questão racial. A população continuaria negra e mestiça. E um caminho certo para branqueá-la seria por meio da introdução de famílias européias.

Não se pode dizer, com isso, que brancos e negros eram vistos como iguais, haja vista que ocuparam posições sociais distintas. A escravidão havia sido abolida, todavia, pouco se fez para inserir o negro no convívio social digno. Esse foi o resultado prático: de escravizado a marginalizado.

Frequentes pesquisas realizadas por institutos vinculados ao governo federal não raro apontam para uma situação desesperadora para os negros. Estes figuram sempre entre os mais pobres, entre os que possuem menor escolaridade e entre os que percebem os menores salários, isto quando não se encontram na informalidade, pois também nesse particular representam a esmagadora maioria. No tocante à expectativa de vida, os negros também vivem, em média, menos anos do que os brancos.

Tais dados configuram-se como alarmantes, pois a população negra representa 45,6% da população total do Brasil.¹⁴ Frente a essa situação, não se pode dizer que exista igualdade de condições entre brancos e negros ou, ainda, que não exista preconceitos e discriminação racial mascarados, caso contrário os negros não liderariam negativamente uma gama tão diversificada de segmentos marginalizados da população como um todo.

¹³ LISBOA, 2000, p. 294.

¹⁴ Acerca disso, ver OLIVEN, 2007, p. 42.

1.2.3 Argumentos contrários

Entre os argumentos contrários à adoção de qualquer medida de discriminação positiva está o pensamento neoliberalista, aqui representado por Popper¹⁵ e Von Hayek.¹⁶ Para o primeiro, não se pode admitir que qualquer valor social ou aspecto histórico prepondere sobre o individualismo. O indivíduo seria um fim em si mesmo, sendo, portanto, a liberdade do indivíduo fundamento de toda a sociedade contemporânea, o que, por seu turno, não estaria a legitimar qualquer interferência estatal em nome da efetiva igualdade. Nessa mesma esteira, Von Hayek, ao defender a liberdade do indivíduo, prossegue em seu raciocínio e considera atrasada toda e qualquer forma de justiça social, além de não reconhecer os direitos sociais como direitos fundamentais.

Ainda a esse respeito, agora tomando por base os argumentos contrários a adoção de cotas universitárias com recorte racial, encontra-se a política universalista. Como bem explica Sidney Pessoa Madruga da Silva¹⁷, tal política entende:

[...] ser necessário um maior investimento na área do ensino básico e médio, ao lado da expansão do número de vagas nas universidades, para que se obtenha uma maior igualdade de oportunidades, desde que é patente a baixa qualidade de ensino no país e insuficiência de vagas nos cursos de graduação. Ademais, o combate às desigualdades deve centrar-se em medidas voltadas para o crescimento econômico e para a desconcentração de renda.

Destarte, segundo a política universalista, deve-se levar em conta a perspectiva socioeconômica ao invés de se estabelecer qualquer favorecimento compensatório baseado na distinção racial, de gênero, etc. Bem assim, ainda sob esse aspecto, Roger Raupp Rios,¹⁸ ao elencar os argumentos que poderiam ser tido com objeções às ações afirmativas, chama a atenção para o seguinte:

¹⁵ POPPER, Karl. *La sociedad abierta y sus enemigos*. Buenos Aires: Pardós, 1967, v. II apud CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 134.

¹⁶ VON HAYEK, E. **Derecho, legislación y libertad**: normas y orden. Madrid: Union, 1978, v. 1 apud Ibid.

¹⁷ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. **Discriminação positiva**: ações afirmativas na realidade brasileira. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 239.

¹⁸ RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 181-182.

Diz-se que programas conscientes do ponto de vista racial afastam-se de considerações imparciais e objetivas ligadas ao mérito dos envolvidos, causando, portanto, danos injustos à vítima inocente; as ações afirmativas, nesta medida, seriam violações da igualdade entendida como dever de igual tratamento de todos, sem depender de características pessoais imutáveis, tais como a raça[...].

Em face desses argumentos, poder-se-ia afirmar que as políticas de ações afirmativas encontrariam óbice principalmente por não serem compatíveis com a noção da igualdade formal. Outro ponto em que as objeções se baseiam, diz respeito ao fato de as ações afirmativas desconsiderarem a liberdade e a capacidade do indivíduo, visto que este, por ser um fim em si mesmo, alcançaria o sucesso senão por outra razão que não fosse o seu próprio mérito.

Tais considerações, contudo, não procedem. O indivíduo não pode ser considerado um fim em si mesmo, mas sim inserido em um contexto social, cultural e histórico que marca toda a sua vida em sociedade. De igual sorte, a liberdade não pode ser considerada como valor supremo de uma sociedade, pois em nome dela muitas injustiças são concretizadas. A idéia de que os homens são livres e atingem o sucesso apenas por sua liberdade de agir estabelece distinções tidas como naturais para tentar explicar a marginalização das minorias. Nesse sentido, negros não ocupariam determinados espaços na sociedade simplesmente porque seriam vistos como menos inteligentes, com menor índice de instrução, pobres, etc. justamente sem levar em consideração que é em razão do contexto histórico, social e cultural que se encontram na situação de discriminados. Do mesmo modo, a igualdade formal não pode ser valorizada de maneira exacerbada, visto que, ao longo da história, não se mostrou eficiente para por termo às desigualdades de fato.

Além disso, vale destacar o que salienta Ronaldo Jorge A. Vieira Júnior¹⁹:

Lembre-se que o Brasil, desde o século XIX, havia vivenciado a experiência de o Estado intervir, por intermédio da legislação, para favorecer a integração de determinado segmento da população.

Vale dizer então que, para o Brasil, não é novidade a ação do Estado com o intuito de promoção de determinado segmento social, que, em um dado momento histórico, se quis privilegiar.

Nem a dimensão racial dessa ação estatal é nova para o Brasil. A política imperial de estímulo à imigração de colonos brancos ao longo do século XIX e também a política de imigração da incipiente República brasileira demonstraram que a dimensão racial era priorizada na formulação de

¹⁹ VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge. Rumo ao multiculturalismo: a adoção compulsória de ações afirmativas pelo estado brasileiro como reparação dos danos atuais sofridos pela população negra In: SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005, p. 94.

políticas públicas, sem que em nenhum momento de nossa história tivesse sido arguida a inconstitucionalidade dessas políticas com fundamento na suposta violação do princípio isonômico. O que é novo para o Brasil é a cor – preta – dos beneficiários da política estatal.

Destarte, não há como negar que os negros sofreram, à época da adoção de tais políticas, discriminação, por serem preteridos e continuam sofrendo, uma vez que são alvos de críticas teóricas que se valem da lógica civilista do direito privado para afastar a responsabilidade do Estado por tais atos. Tais críticas não consideraram que a efetivação do conceito de igualdade substantiva é uma questão de Estado, a fim de que este se constitua em um Estado democrático pluralista e multicultural, sem discriminações, conforme propugna o texto constitucional.

Ademais, no tocante à eventual discriminação que as majorias passariam a suportar, oportuno é o ensinamento de Carmem Lúcia Antunes Rocha,²⁰ que sustenta o que segue:

É importante salientar que não se quer verem produzidas novas discriminações com a ação afirmativa, agora em desfavor das majorias, que, sem serem marginalizadas historicamente, perdem espaços que antes detinham face aos membros dos grupos afirmados pelo princípio igualador no Direito. Para se evitar que o extremo oposto sobreviesse é que os planos e programas de ação afirmativa adotados nos Estados Unidos e em outros Estados, primaram sempre pela fixação de percentuais mínimos garantidores da presença das minorias que por eles se buscavam igualar, com o objetivo de se romperem preconceitos contra elas ou pelo menos propiciarem-se condições para a sua superação em face da convivência juridicamente obrigada [...] 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., como forma da garantia democrática do exercício da liberdade pessoal e da realização do princípio da não discriminação (contido no princípio constitucional da igualdade jurídica) pela própria sociedade.

Dessa forma, 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, tendo sido lhes negada a própria condição

²⁰ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, 1996, p. 88.

humana, compensados com o mínimo a permitir que se desenvolvam como indivíduos livres e plenos.

1.2.4 Compatibilidade Jurídica das ações afirmativas

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: letra a) quanto no setor privado (art. 201, § 7º, I e II).

Há que se destacar, ainda, o pensamento de Carmem Lúcia Antunes Rocha²¹ que, ao analisar o texto do preâmbulo da Constituição, afirma para “a idéia de que não se tem a democracia social, a justiça social, mas que o Direito foi ali elaborado para que se chegue a tê-los”. Não obstante, entende-se apropriado destacar os termos do art. 3º e seus incisos da Constituição, a saber:

Art 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Acerca de tais disposições, mais uma vez vale-se das palavras de Carmem Lúcia Antunes Rocha²², que assim expõe:

Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – *construir, erradicar, reduzir, promover* – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional. E todos os objetivos [...] traduzem exatamente mudança para se chegar à igualdade. Se a igualdade jurídica fosse apenas a vedação de tratamentos discriminatórios, o princípio seria absolutamente insuficiente para possibilitar a realização dos objetivos fundamentais da República.

²¹ ROCHA, 1996, p. 85.

²² Ibid., p. 93.

Em face das considerações expostas, observa-se que os objetivos fundamentais configuram-se nas finalidades a serem buscadas pela Nação. Designam, portanto, um comportamento ativo e ao mesmo tempo reconhecem, implicitamente, que a sociedade brasileira não é livre, não é justa e que esta arraigada em preconceitos.

Destarte, a legitimação para a adoção de políticas de ações afirmativas encontra justificativa constitucional e a crítica, diga-se de passagem, que o critério racial da discriminação possa gerar não passa de uma tentativa de negar as desigualdades em que se vive, pois se a cor dos indivíduos tem servido de referência para que tais desigualdades sejam reproduzidas nada mais justo que sejam combatidas pela mesma ótica. Além disso, a implementação de políticas de ações afirmativas destinadas aos afro-brasileiros é um caminho a ser tomado, benéfico para toda a sociedade, abrindo, inclusive, precedentes para que outros grupos minoritários também procurem combater as injustiças que porventura sofrem.

1.3 AÇÕES AFIRMATIVAS E MULTICULTURALISMO

A adoção por parte do Estado de ações afirmativas, além de bancarem uma forma de reparação dos danos sentidos desde a escravidão e que persistem hodiernamente, apresentam, como principal vantagem adicional, a de contribuir para a manifestação de uma sociedade pluriétnica e multicultural, que privilegia a convivência entre os diferentes. Nesse sentido, atente-se para o que salienta Clodoaldo Cardoso²³, ao expor 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”. Assim, o multiculturalismo visa a permitir que, a partir do diálogo das diferenças, encontrem-se os pontos de convergência que incentivem o desenvolvimento das nações.

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

²³ CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. **Tolerância e seus limites**: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade. São Paulo: Unesp, 2003, p. 164.

extrema importância, uma vez que a diversidade cultural teve o seu reconhecimento consubstanciado através 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.

Nessa mesma esteira, importante reflexão é trazida à baila por Carlos Moore Wedderburn²⁴, in verbis:

A sobrevivência coletiva no século XXI requer um ambiente de crescente coexistência harmônica entre culturas, civilizações, gêneros e segmentos étnicos ou raciais com base na equidade. Nesse contexto geral, as políticas públicas de ação afirmativa são uma das inúmeras ações que requerem uma ampla estratégia, especificamente voltada para o combate ao racismo na sua expressão tipicamente latino-americana.

Vale acrescentar que as ações afirmativas procuram resgatar o amor próprio, a autoestima, o respeito de si mesmo, ou seja, elementos relacionados com a dignidade da pessoa humana, que corresponde àquilo que o ser humano possui de mais especial. Acerca disso, poder-se-ia dizer que as ações afirmativas cuidam de promover a dignidade da pessoa humana, uma criação abstrata do Direito, que, por seu turno, deu sustentação à criação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, tema que será tratado especificamente a seguir.

²⁴ WEDDERBURN, 2005, p. 330.

2 DIREITO INTERNACIONAL DOS HUMANOS

2.1 CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS

O conceito de direito humano não é algo estático, pronto e acabado. Trata-se, na verdade, de uma invenção humana em constante processo de construção, iniciada há aproximadamente 250 anos como fruto do iluminismo e de realizações filosóficas.

Os direitos humanos são reivindicações morais, que nascem quando devem e podem nascer. Representam um construído axiológico que emerge a partir de um espaço representativo de luta e ação social. Acerca disso, importante afirmação é trazida por Ignacy Sachs²⁵, que assim expõe:

Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos.

Nesse sentido, os direitos humanos traduzem processos que se constituem em verdadeiros espaços de luta pela dignidade humana e sua proteção. Consolidam-se, por isso, em um sistema de valores capaz de reivindicar validade universal, tendo como ideias centrais a vida e dignidade da pessoa humana.

Acrescenta-se, ainda, do ponto vista sistemático, que direitos humanos são um ramo do Direito Internacional Público, que têm como base o direito natural e visam à proteção do ser humano e daquilo que o cerca (com destaque aos vulneráveis clássicos), tendo sempre em vista a dignidade da pessoa humana. Seu objetivo é, portanto, proteger as liberdades públicas onde haja e conquistá-las onde não existam, de forma a proteger a espécie humana.

Hanna Arendt²⁶ sustenta a ideia de que o significado de pessoa humana surgiu na Segunda Guerra Mundial, ao tirarem dos judeus alemães o direito de terem direitos. Dignidade da pessoa humana não é um pleonasma, uma vez que

²⁵ SACHS, Ignacy. Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio (Org.). **Direitos humanos no século XXI**. [s.l.]: IPRI-FUNAG, 2002, p.156.

²⁶ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 506.

pessoa humana é aquela que tem o direito de ter direitos, tem garantida a personalidade jurídica do ser humano.

Atualmente, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Visando a alcançar, na prática, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal trouxe um piso mínimo existencial formado pelo rol de direitos sociais do art. 6º, da CF, que são onze:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010).

A reserva do possível foi um elemento identificado por determinados entes políticos que verificaram no caso concreto a impossibilidade de executar o mínimo social. Como o próprio nome sugere, significa fazer o que estiver dentro do possível, o que constitui em uma justificativa para não cumprir o piso mínimo existencial, ainda mais no âmbito dos Municípios, que geralmente são pequenos. Assim, como forma de eximir da obrigação de cumprimento integral do piso mínimo existencial, a doutrina e os entes políticos vêm invocando a chamada reserva do possível e se liberando dessa obrigação por meio da demonstração de sua capacidade arrecadatória e da invocação da Lei de Responsabilidade Fiscal, do Plano Plurianual e da Dotação Orçamentária.

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e está prevista no art. 1º, III, da CF. Por se tratar de um fundamento da República, o seu alcance se dá por todo o ordenamento jurídico brasileiro, e talvez por isso parte da doutrina, buscando sua concretude, tenha referenciado ao chamado piso mínimo existencial, constituído pelo rol dos direitos sociais previstos no art. 6º da CF, quais sejam: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade, proteção à infância e assistência aos desamparados (direitos de segunda dimensão).

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CONCEPÇÃO PARA A PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os documentos listados a seguir são considerados os mais importantes para os direitos humanos, mas não se exaurem aqui. São eles:

- 1648 - *Tratado de Paz de Westfalia*: esse Tratado é o marco formal de criação do Estado, o que alguns doutrinadores entendem que coincide com o marco inicial dos direitos humanos.
- 1776 - *Declaração de Virgínia*: esse diploma é o precursor da independência dos EUA. Fabio Konder Comparato²⁷ sustenta que o nascimento dos direitos humanos se deve a esta Declaração.
- 1789 - *Revolução Francesa*: culminou na edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.
- 1914 a 1918 - *1ª Guerra Mundial*: teve como consequência imediata a criação de elementos tidos como necessários para corrigir e impedir conflitos entre a humanidade.
- 1919 - *Tratado de Versalhes*: surgiu em meio a um cenário pós-guerra com o objetivo real de prevenir outras guerras. Esse tratado anexou o Estatuto da OIT ao seu texto e criou a Sociedade/Liga das Nações, que era ONU da época (primeiro organismo de vocação universal).
- 1919 - Criação da *Organização Internacional do Trabalho (OIT)*.
- 1920 - Começa a funcionar a *Sociedade/Liga das Nações*, que dura até 1946.

²⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.48.

- 1939 a 1945 - *2ª Guerra Mundial*: este período foi marcado pelo extermínio de pessoas. Verificou-se a necessidade de estabelecer medidas mais rígidas do que as editadas após a Primeira Grande Guerra, e dentre tais medidas, a criação de um organismo de vocação universal (a ONU).
- 1945 - Criação da *ONU*: este fato inaugurou um novo cenário mundial. A criação da ONU é um marco histórico.
- 1948 - *Declaração Universal dos Direitos Humanos*: foi o primeiro documento pós-Segunda Guerra de caráter universal. Em abril de 1948 também é criada a OEA (Organização dos Estados Americanos) e editada a Declaração Americana dos Direitos Humanos.
- 1966 – Elaboração do *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* e do *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*.

Uma vez destacados os principais documentos históricos para os direitos humanos e prosseguindo ainda nesse enfoque, cabe frisar que, conforme sustenta Fábio Konder Comparato²⁸, embora a Europa tenha apresentado, ao longo do século XIX, importante desenvolvimento econômico, tal fato não acarretou a imediata melhoria socioeconômica do indivíduo. Tal situação é muito bem ilustrada pelo autor nos seguintes termos:

Patrões e operários eram considerados, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho [...]. O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX.

Para o autor²⁹, a plena afirmação dos direitos humanos só veio a ocorrer no século XX, através da Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, na Alemanha.

Vale destacar que, até a Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos eram visto como matéria inerente a assuntos internos de Estado. Pode-se dizer que não

²⁸ COMPARATO, 2001, p. 66.

²⁹ Ibid., p. 65-66

existia uma proteção sistemática dos direitos humanos pelo Direito Internacional Público, mas apenas a determinados grupos era assegurada a proteção de caráter internacional.

Assolada com os horrores da segunda guerra mundial, a comunidade internacional estabeleceu, no ano de 1945, a meta de preservar as gerações vindouras dos flagelos da guerra, a ser alcançada mediante um sistema de segurança coletivo, por meio da Organização das Nações Unidas. Baseado na cooperação, violações dos direitos humanos deveriam ser evitadas, conforme estabeleceu o art. 55 da Carta das Nações Unidas, *in verbis*:

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

A 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 Estados-Membros da ONU 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.

Vale dizer que foi através da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, que a ONU e seus Estados-Membros esclareceram o que entendiam como direitos humanos e liberdades fundamentais. Ademais, a Declaração de 1948 inovou a própria concepção dos direitos humanos, conforme salienta Flávia Piovesan³⁰, nos seguintes termos:

[...] cabe realçar que a Declaração de 1948 inovou extraordinariamente a gramática dos direitos humanos ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão

³⁰ PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas e direitos humanos. **Revista USP**, São Paulo, n. 69, mar./maio 2006, p. 37-38.

universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. Indivisibilidade porque, ineditamente, o catálogo dos direitos civis e políticos é conjugado ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Dessa forma, a simples condição humana é bastante para a titularidade de direitos, eis que cada indivíduo é titular de direitos humanos no sentido moral e ético. Contudo, cabe frisar que nenhum direito humano deve ser efetivado em detrimento dos direitos de outras pessoas, pressupondo, com isso, tanto uma responsabilidade do indivíduo quanto do Estado nesse objetivo.

Seguindo a análise dos direitos humanos sob o enfoque da Declaração Universal de 1948, deve-se acrescentar que foi a partir de então que o Direito Internacional dos Direitos Humanos começou a desenvolver-se, através da adoção de instrumentos internacionais de proteção. Dessa forma, houve um processo de universalização desses direitos, permitindo a instauração de um sistema internacional de proteção. Tal sistema é formado por tratados internacionais de proteção 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 irreduzível.

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 as 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.

Verificou-se, dessa forma, que a proteção geral e abstrata deu lugar à proteção especial e particularizada a determinados grupos. Assim, a própria diferença, antes 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. A diferença e a diversidade devem ser respeitadas, sendo lhes garantido um tratamento exclusivo.

Segundo Flávia Piovesan³¹, 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 através do reconhecimento de identidades de diferentes gêneros, idade, manifestação sexual, etnia, raça, etc.

Assim, sendo já de conhecimento a insuficiência da busca da igualdade de fato por meio da igualdade formal, é preciso interpretar a igualdade material em seu caráter bidimensional na busca por justiça, qual seja, redistribuição aliada ao reconhecimento, conforme muito bem ilustrado nas palavras de Nancy Fraser³², que expõe o que segue:

O reconhecimento não pode se reduzir à distribuição, porque o status na sociedade não decorre simplesmente em função da classe. Tomemos o exemplo de um banqueiro afro-americano de Wall Street, que não pode conseguir um táxi. Nesse caso, a injustiça da falta de reconhecimento tem pouco a ver com a má distribuição. [...] Reciprocamente, a distribuição não pode se reduzir ao reconhecimento, porque o acesso aos recursos não decorre simplesmente da função de status. Tomemos, como exemplo, um trabalhador industrial especializado, que fica desempregado em virtude do fechamento da fábrica em que trabalha, em vista de uma fusão corporativa especulativa. Nesse caso, a injustiça da má distribuição tem pouco a ver com a falta de reconhecimento. [...] Proponho desenvolver o que chamo concepção bidimensional da justiça. Essa concepção trata da redistribuição e do reconhecimento como perspectivas e dimensões distintas da justiça. Sem reduzir uma à outra, abarca ambas em um marco mais amplo.

Não basta, portanto, que se promova a justiça social distributiva. Há que se reconhecer também as diferentes identidades com suas peculiaridades na promoção da igualdade material em seu verdadeiro sentido.

Ainda, nesse mesma esteira, são os ensinamentos de Boaventura de Souza Santos³³ que, ao afirmar que somente através do reconhecimento aliado à redistribuição será possível a realização da igualdade, destaca que:

³¹ PIOVESAN, 2006, p. 39.

³² FRASER, Nancy. Redistribución, reconocimiento y participación: hacia un concepto integrado de la justicia apud PIOVESAN, 2006, p. 39.

³³ 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, p. 56.

[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.

A verdadeira igualdade, conforme já tratado, consiste em tratar de forma desigual os desiguais na proporção de sua desigualdade. Caso contrário, a diferença por si só, sem uma proteção real, produziria e alimentaria mais desigualdades.

2.3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS HUMANOS

I. Inerência: basta o ser humano pertencer à família humana, ou seja, basta a condição de humano. II. Universalidade: o ser humano não pode suportar qualquer tipo de discriminação, seja por raça, cor, sexo, origem, língua, religião, condição social, opinião política ou opção sexual. III. Transnacionalidade: não importa o local geográfico onde o ser humano esteja, os direitos humanos são inerentes à pessoa humana e ultrapassam fronteiras. IV. Irretroatividade: um direito humano alcançado, teoricamente, não retroage. É o que alguns doutrinadores chamam de princípio do *cliquet* ou princípio da irretroatividade. A ideia é proteger o ser humano do retrocesso, ainda que não haja avanço. O Brasil passou por três momentos de golpe em que houve o rompimento dessa característica. Por isso diz-se que um direito humano não retroage em tese, mas na prática, por golpe, sim. V. Interdependência: muitas vezes o exercício de um direito depende do exercício de um direito anterior, até porque os direitos humanos são indivisíveis. Exemplo: não é possível falar em direito cultural sem que haja direito econômico. VI. Indivisibilidade: significa dizer que não há hierarquia (prevalência) entre os direitos humanos. Vale lembrar que os direitos civis e políticos estão no mesmo patamar que os direitos econômicos, sociais e culturais, até porque são interdependentes. VII. Historicidade: os direitos humanos não nascem todos de uma vez, pois são fruto de uma lenta e contínua evolução histórica. VIII. Inalienabilidade: os direitos humanos não são comerciáveis. IX. Indisponibilidade: o ser humano não pode dispor de algo que é inerente. X. Imprescritibilidade: não se perde um direito humano por decurso de prazo ou tempo.

2.4. SISTEMAS DE DIREITOS HUMANOS

O sistema universal tem como base a Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e os pactos internacionais (1966). Já os sistemas regionais são: o Europeu (1950), através da Convenção Europeia de Direitos Humanos; o Americano (1969), por meio da edição da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) e o Africano (1981), pela Convenção Africana de Direitos Humanos e pela Carta dos Povos.

O Sistema Regional Americano foi criado em abril de 1948 com a Carta da Organização dos Estados Americanos e, também, da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, mas em 1969, com a edição da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) há o aperfeiçoamento deste sistema com a organização da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Não há hierarquia entre os sistemas. Eles se complementam, não se anulam. Por exemplo, em 1984 foi editada a Convenção Internacional de Combate à Tortura (sistema universal, de produção da ONU), e um ano depois, em 1985, a Convenção Interamericana de Combate à Tortura (produzida pela OEA, pertencente ao sistema americano). Certo é que nada pode ir contra o sistema universal, e o fato de um sistema regional silenciar sobre alguma medida já existente não significa que ela não exista. A ideia da regionalidade é levar os sistemas regionais o mais próximo possível de seus destinatários.

Dessa forma, destaca-se que não há hierarquia entre os sistemas, pois eles se complementam. Assim, um direito humano alcançado, independentemente de sua origem, se do sistema universal ou regional, não deve retroagir.

Vale mencionar, ainda, dentro da experiência brasileira, o incidente de deslocamento de competência, representado pela federalização dos atos graves violadores de direitos humanos. Acerca disso, federalizar é colocar na esfera federal. Significa que algo ocorre numa fase pré-judicial ou judicial na órbita de um Estado ou do Distrito Federal, mas passa a ser de competência federal. Nesse sentido, o art. 109, §5º, da CF:

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos

quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Quem provoca esse incidente perante STJ é o Procurador Geral da República, por ato personalíssimo. O motivo do pedido é assegurar o cumprimento de tratados internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil seja signatário.

O incidente de deslocamento de competência tem as seguintes características: a) motivo: grave violação de direitos humanos previstos em tratados internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil seja signatário; b) autor: Procurador Geral da República; c) competência: Superior Tribunal de Justiça; d) motivação: assegurar o cumprimento de obrigações internacionais assumidas em decorrência de tratados sobre direitos humanos; e e) fundamentação: art. 109, §5º, da CF.

No Brasil, existe apenas um caso prático, a saber:

EMENTA

Processo: STJ - IDC: 2 DF 2009/0121262-6

Relatora: Ministra LAURITA VAZ

Data de Julgamento: 27/10/2010, S3 - TERCEIRA SEÇÃO

Data de Publicação: 22/11/2010

“INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇAS ESTADUAIS DOS ESTADOS DA PARAÍBA E DE PERNAMBUCO. HOMICÍDIO DE VEREADOR, NOTÓRIO DEFENSOR DOS DIREITOS HUMANOS, AUTOR DE DIVERSAS DENÚNCIAS CONTRA A ATUAÇÃO DE GRUPOS DE EXTERMÍNIO NA FRONTEIRA DOS DOIS ESTADOS. AMEAÇAS, ATENTADOS E ASSASSINATOS CONTRA TESTEMUNHAS E DENUNCIANTES. ATENDIDOS OS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS PARA A EXCEPCIONAL MEDIDA. 1. A teor do § 5.º do art. 109 da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, o incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal fundamenta-se, essencialmente, em três pressupostos: a existência de grave violação a direitos humanos; o risco de responsabilização internacional decorrente do descumprimento de obrigações jurídicas assumidas em tratados internacionais; e a incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas. 2. Fatos que motivaram o pedido de deslocamento deduzido pelo Procurador-Geral da República: o advogado e vereador pernambucano MANOEL BEZERRA DE MATTOS NETO foi assassinado em 24/01/2009, no Município de Pitimbu/PB, depois de sofrer diversas ameaças e vários atentados, em decorrência, ao que tudo leva a crer, de sua persistente e conhecida atuação contra grupos de extermínio que agem impunes há mais de uma década na divisa dos Estados da Paraíba e de Pernambuco, entre os Municípios de Pedras de Fogo e Itambé. 3. A existência de grave violação a direitos humanos, primeiro pressuposto, está sobejamente demonstrado: esse tipo de assassinato, pelas circunstâncias e motivação até aqui reveladas, sem dúvida, expõe uma lesão que extrapola os limites de um crime de homicídio ordinário, na medida em que fere, além do precioso bem da vida, a própria base do Estado, que é desafiado por grupos de criminosos que chamam

para si as prerrogativas exclusivas dos órgãos e entes públicos, abalando sobremaneira a ordem social. 4. O risco de responsabilização internacional pelo descumprimento de obrigações derivadas de tratados internacionais aos quais o Brasil anuiu (dentre eles, vale destacar, a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecido como "Pacto de San Jose da Costa Rica") é bastante considerável, mormente pelo fato de já ter havido pronunciamentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com expressa recomendação ao Brasil para adoção de medidas cautelares de proteção a pessoas ameaçadas pelo tão propalado grupo de extermínio atuante na divisa dos Estados da Paraíba e Pernambuco, as quais, no entanto, ou deixaram de ser cumpridas ou não foram efetivas. Além do homicídio de MANOEL MATTOS, outras três testemunhas da CPI da Câmara dos Deputados foram mortas, dentre eles LUIZ TOMÉ DA SILVA FILHO, ex-pistoleiro, que decidiu denunciar e testemunhar contra os outros delinquentes. Também FLÁVIO MANOEL DA SILVA, testemunha da CPI da Pistolagem e do Narcotráfico da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba, foi assassinado a tiros em Pedra de Fogo, Paraíba, quatro dias após ter prestado depoimento à Relatora Especial da ONU sobre Execuções Sumárias, Arbitrárias ou Extrajudiciais. E, mais recentemente, uma das testemunhas do caso Manoel Mattos, o Maximiano Rodrigues Alves, sofreu um atentado a bala no município de Itambé, Pernambuco, e escapou por pouco. Há conhecidas ameaças de morte contra Promotores e Juizes do Estado da Paraíba, que exercem suas funções no local do crime, bem assim contra a família da vítima Manoel Mattos e contra dois Deputados Federais. 5. É notória a incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas, reconhecida a limitação e precariedade dos meios por elas próprias. Há quase um pronunciamento uníssono em favor do deslocamento da competência para a Justiça Federal, dentre eles, com especial relevo: o Ministro da Justiça; o Governador do Estado

da Paraíba; o Governador de Pernambuco; a Secretaria Executiva de Justiça de Direitos Humanos; a Ordem dos Advogados do Brasil; a Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado da Paraíba. 6. As circunstâncias apontam para a necessidade de ações estatais firmes e eficientes, as quais, por muito tempo, as autoridades locais não foram capazes de adotar, até porque a zona limítrofe potencializa as dificuldades de coordenação entre os órgãos dos dois Estados. Mostra-se, portanto, oportuno e conveniente a imediata entrega das investigações e do processamento da ação penal em tela aos órgãos federais. 7. Pedido ministerial parcialmente acolhido para deferir o deslocamento de competência para a Justiça Federal no Estado da Paraíba da ação penal n.º 022.2009.000.127-8, a ser distribuída para o Juízo Federal Criminal com jurisdição no local do fato principal; bem como da investigação de fatos diretamente relacionados ao crime em tela. Outras medidas determinadas, nos termos do voto da Relatora."

2.5 DIMENSÕES ("GERAÇÕES") DE DIREITOS HUMANOS

Segundo Norberto Bobbio³⁴, os direitos humanos possuem três gerações clássicas que têm como base os ideais da Revolução Francesa, e uma quarta que ainda está em construção, a saber:

- 1) *1ª Geração – Liberdade*: alcança os direitos civis e políticos;

³⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 32.

2) *2ª Geração – Igualdade*: alcança os direitos econômicos, sociais (art. 6º da CF) e culturais; Nesta geração/dimensão está inserido o Direito do Trabalho.

3) *3ª Geração – Fraternidade*: o ideário da fraternidade é também conhecido como *princípio da solidariedade* e alcança os direitos difusos, com destaques ao direito à paz e ao meio ambiente.

4) *4ª Geração (em construção)*: envolve estudos de engenharia genética (genoma, células-tronco etc.).

Para Paulo Bonavides³⁵, o direito à paz trasladou para uma geração própria que seria uma 5ª geração. Já o Professor Uadi Lammego Bulos³⁶ sustenta que há uma 6ª geração marcada pela democracia, pelo pluralismo político e pelo direito à informação, apesar de haver uma corrente que defende que a 6ª geração é a do direito à água potável.

Também há insinuações no sentido de que a 7ª geração consistiria no direito à internet, mas essa corrente não tem força, uma vez que a internet seria um meio para se atingir certos direitos, e não um direito propriamente dito.

Recentemente, parte da doutrina aboliu o termo “geração” por entender que o mesmo insinuava uma interrupção inexistente na evolução histórica dos direitos humanos, substituindo-o por “dimensão”, que deixa claro que não há cizânia entre as dimensões, mas sim concomitância. Tal ensinamento é sustentado por Augusto Cansado Trindade³⁷ ao afirmar que:

A noção simplista das chamadas “gerações de direitos”, histórica e juridicamente infundada, tem prestado um desserviço ao pensamento mais lúcido a inspirar a evolução do direito internacional dos direitos humanos. Distintamente do que a infeliz invocação da imagem analógica da “sucessão generacional” parecia supor, os direitos humanos não se “sucodem” ou “substituem” uns aos outros, mas antes se expandem, se acumulam e fortalecem, interagindo os direitos individuais e sociais

Dessa forma, o termo “geração”, de fato, não parece a melhor escolha para descrever a evolução do direito internacional dos direitos humanos, justamente por induzir à ideia de que os direitos humanos substituem-se ao longo do tempo, em vez de expandirem-se, resguardando o que já foi conquistado.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. **A quinta geração de direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf>. Acesso em: 3 maio 2014, p. 85.

³⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 525.

³⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

Para a doutrina mais sofisticada, há não somente um acréscimo no rol de direitos, com a efetivação de uma nova geração ou dimensão, mas também a redefinição (releitura) dos direitos da geração anterior com base na nova geração.

Exemplos:

- *Direito de propriedade*: É um direito típico da 1ª Geração, mas quando surge na 2ª Geração, a propriedade passa a não poder mais ser trabalhada como no séc. XVIII. Ela deixa de ter teor individualista e passa a ter que atender a uma função social.
- *Igualdade*: No séc. XX igualdade passa a significar tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam.
- *Direitos ambientais*: Os direitos ambientais da 3ª Geração vieram modificar os direitos econômicos da 2ª Geração, porque passaram a ser vistos a partir de uma lógica de desenvolvimento sustentável.

2.6 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E COMBATE À DISCRIMINAÇÃO

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, segundo Flávia Piovesan³⁸, 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 a igualdade.

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 pelo fato do combate à discriminação de forma repressiva, por si só, não se mostrar suficiente. Dessa forma,

³⁸ PIOVESAN, 2006, p. 40.

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 através de uma legislação repressiva, é essencial o desenvolvimento de estratégias capazes de promover e estimular a inserção social de grupos desfavorecidos e marginalizados historicamente.

Nesse sentido, mais uma vez vale-se das palavras de Flávia Piovesan³⁹, que assim expõe:

[...] a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica a violenta exclusão e a intolerância à diferença e à diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação.

Dessa forma, pode-se afirmar que, para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o combate à discriminação só terá êxito através 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, sendo esta relação tratada especificamente no capítulo a seguir.

³⁹ PIOVESAN, 2006, p. 40.

3 AÇÕES AFIRMATIVAS E DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

3.1 OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

O estudo das ações afirmativas transcende o Direito interno brasileiro, uma vez tais políticas encontram fundamento no Direito Internacional, especialmente no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Há que se destacar que tal situação decorre do fenômeno classificado por Hélène Tourad⁴⁰ como internacionalização das constituições.

Acerca do tema, é forçoso analisar o que preconiza o art. 5º, parágrafos 1º e 2º, da Constituição Federal, para a efetiva implementação dos direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, o disposto no parágrafo 1º disciplina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata no país, a par do que estabelece o parágrafo 2º, ao dispor 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.”.

À luz de tais dispositivos, que devem ser interpretados conjugadamente, os tratados de direitos humanos possuem aplicação imediata no território brasileiro, necessitando apenas de ratificação. Nesse sentido, é o ensinamento de Flávia Piovesan⁴¹ que assim expõe:

Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apresentam status constitucional e aplicação imediata (por força do art. 5º, parágrafos 1º e 2º, da carta de 1988), os tratados tradicionais apresentam *status* infraconstitucional e aplicação não imediata (por força do art. 102, III, *b*, da Carta de 1988 e da inexistência de dispositivo constitucional que lhes assegure aplicação imediata).

Ademais, importante contribuição sobre o tema é trazida à baila por Celso de Albuquerque Mello⁴², in verbis:

⁴⁰ TOURARD, Hélène. **L'Internationalisation des Constitutions Nationales**. Paris: LGDJ, 2000.

⁴¹ PIOVESAN, 2012, p. 154.

⁴² MELLO, Celso A. O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 20.

A constituição de 1988 no parágrafo 2º do art. 5º constitucionalizou as normas de direitos humanos consagradas nos tratados [...] Contudo, sou ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada. A nossa posição é a que está consagrada na jurisprudência e tratado internacional europeu de que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional.

Há que se destacar, entretanto, que doutrina e jurisprudência divergem sobre o tema. Nesse ponto, portanto, importantes considerações fazem-se necessárias.

Ainda que a matéria em questão pudesse suscitar intensos posicionamentos no tocante à doutrina e à jurisprudência, há que se falar em uma tendência natural de aceitação uma das teses, conforme demonstrado a seguir. Entretanto, com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que inseriu o parágrafo 3º ao artigo 5º, o debate acerca do tema ganhou novas nuances.

A redação do dispositivo constitucional em destaque estabeleceu o que segue:

Art. 5º, parágrafo 3º. 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:

- 1) natureza supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos;
- 2) natureza constitucional dos documentos internacionais de direitos humanos;
- 3) natureza de lei ordinária dos tratados internacionais de direitos humanos;
- 4) natureza supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos.

Vale dizer que a primeira corrente é defendida pelo ilustre professor Celso de Albuquerque Mello, cujo pensamento já foi explicitado, no sentido de aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional. Entretanto, ainda que tal tese soe de forma um tanto interessante, também é alvo de ponderação

doutrinária. Nesse sentido, tomando por base a realidade constitucional brasileira, Lilan Balmant Emerique e Sidney Guerra⁴³ apresentam a seguinte avaliação:

Embora a teoria apresentada por Celso Mello seja extremamente interessante, fica difícil para acompanhar o posicionamento do saudoso mestre em razão de algumas situações que se manifestam na ordem constitucional brasileira. A começar pela observância dos princípios da supremacia formal e material da Constituição brasileira. Assim sendo, caso houvesse aplicação preponderante da tese defendida por Celso Mello ter-se-ia uma limitação inclusive de verificar o controle de constitucionalidade dos tratados internacionais.

Verifica-se, dessa forma, que ainda que seja interessante a tese levantada pela corrente em questão, cabe frisar, segundo os autores mencionados, que encontra óbice face à realidade constitucional brasileira.

A segunda corrente, a que defende o caráter constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, é defendida por autores como Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan. Sobre o tema, Augusto Cançado Trindade⁴⁴ assevera que:

A novidade do artigo 5º, inciso 2º da Constituição de 1988 consiste no acréscimo ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.

Ainda sobre o tema, dispõe o referido autor:

O disposto no art. 5º, parágrafo 2º da Constituição brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição brasileira de 1988: se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições

⁴³ 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. 1-34, abr./maio, 2008, p. 6.

⁴⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 631.

vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da Constituição brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno⁴⁵.

Nessa mesma esteira expõe Flávia Piovesan⁴⁶, conforme segue:

A constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais 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. Tal interpretação é consoante com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, pelo qual, no dizer de Jorge Miranda, a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê.

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 parágrafo 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 parágrafo 3º ao artigo 5º da

⁴⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 498.

⁴⁶ 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, p.58.

Constituição Federal. Acerca disso, vale citar os ensinamentos de Lilan Balmant Emerique e Sidney Guerra⁴⁷:

Assim é que os direitos provenientes de tratados de direitos humanos ao serem incorporados ao ordenamento jurídico interno brasileiro devem continuar com a natureza de direitos materialmente constitucionais salvo, e a partir da previsão estampada no parágrafo 3º do artigo 5º, se forem observados os requisitos previstos no referido inciso que deverão adotar a classificação de direitos formalmente constitucionais.

Em que pese o tema suscitar divergência de posicionamento, para os autores, os tratados internacionais de direitos humanos seriam, de qualquer sorte, considerados 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 Celso Lafer⁴⁸, que entende que a partir da Emenda Constitucional 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 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 posterior derogat priori*, tendo em vista a ausência de critérios expresso 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 STF, conforme se depreende da corrente seguinte, que defende a

⁴⁷ EMERIQUE, 2008, p. 10.

⁴⁸ LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005, p. 16.

supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos. Com isso, a atribuição de status de lei ordinária aos tratados internacionais aplicar-se-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 parágrafo 3º, do art. 5º, da Constituição Federal, possuem a natureza de norma supralegal, 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, cuja ementa se verifica *in verbis*:

EMENTA

Processo: STF - RE 466343

Relator(a): Min. CEZAR PELUSO

Data da Julgamento: 03/12/2008

Data da Publicação: 04/06/2009

“PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.”

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 supralegalidade e prevalece sobre as normas em sentido contrário.

Nesse contexto também se enquadrariam os tratados da Organização Internacional Trabalho que protegem os trabalhadores, uma vez que trazem conteúdo de direitos humanos, caracterizando-se, por conseguinte, como normas supralegais.

Tal posicionamento permitiria que os tratados de direitos humanos fossem adotados para controlar as leis do ordenamento pátrio, pois tais tratados teriam status hierárquico superior em relação aos das leis ordinárias, com natureza de emendas constitucionais, conforme já abordado, ou de normas supralegais, denominando-se tal medida *controle de convencionalidade*.

Cumprido destacar, ainda, que a tese em análise segue a linha de países como Alemanha e França, nos quais existem normas expressas nesse sentido. A nossa Constituição, entretanto, manteve-se silente sobre a questão.

3.2 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS RATIFICADOS PELO BRASIL AUTORIZADORES DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Tendo vista o status dos tratados internacionais 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.

Nesse sentido, verifica-se que o Direito Constitucional interno pode abrigar não apenas o princípio e as modalidades implícitas e explícitas de ação afirmativa já referidas no presente trabalho, mas também aquelas que porventura decorram dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

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.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968, trata da questão em seu artigo 1º, nº 4, a saber:

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

Nessa mesma esteira dispõe o art. 4º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ratificada pelo Brasil em 1984, conforme se verifica *in verbis*:

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.

Outro importante documento que permite a adoção de medidas 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 tratado internacional de direitos humanos que observou o rito formal de aprovação previsto no art. 5º, parágrafo 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 tratados 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 marginalização e a discriminação real suportadas pelas minorias.

3.3 AS POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS COMO MEIO DE PROMOÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Tendo em vista que as ações afirmativas encontram respaldo jurídico para a sua adoção em nosso sistema, sejam suas práticas autorizadas pelo direito interno propriamente dito, inseridas no texto constitucional, sejam autorizadas por tratados de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte, representando, dessa forma, um objetivo comum no combate à discriminação real por meio de medidas de discriminações positivas, tanto no plano interno, quanto no plano internacional,

cumpra, em última análise, relacionar as ações afirmativas enquanto meios de efetivação do próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Conforme já destacado, o Direito Internacional dos Direitos Humanos pode valer-se de duas estratégias: a) a estratégia repressivo-punitiva; b) e a estratégia promocional. Assim, vale dizer que as ações afirmativas enquadram-se no contexto da estratégia promocional dos Direitos Humanos, uma vez que possuem por objetivo promover e avançar no que se refere à igualdade.

Sobre o tema, mais uma vez vale-se dos ensinamentos de Flávia Piovesan⁴⁹:

[...] os direitos humanos não são um dado, mas um construído, enfatiza-se agora que as violações a esses direitos também o são. Isto é, as violações, as exclusões, as discriminações, as intolerâncias, os racismos, as injustiças raciais são um construído histórico, a ser urgentemente desconstruído, sendo emergencial a adoção de medidas eficazes para romper o legado de exclusão etnoracial. Há que se enfrentar essas amarras, mutiladoras do protagonismo, da cidadania e da dignidade da população afrodescendente.

Se os direitos humanos representam um construído, ou seja, reivindicações morais, que emergem a partir de um espaço representativo de luta e ação social, a intolerância, a discriminação, a exclusão etc. também não passam de um construído histórico. Em face disso, as ações afirmativas cumprem importante papel no sentido de desconstruir tais injustiças por meio de medidas eficazes de promoção da igualdade material. Assim sendo, as ações afirmativas podem ser consideradas como verdadeiro e legítimo meio para a promoção dos direitos humanos em seu sentido material.

⁴⁹ PIOVESAN, 2006, p. 43.

CONCLUSÃO

Ações afirmativas são medidas discriminatórias positivas adotadas com o objetivo de favorecer grupos minoritários que sofreram discriminação em determinado momento histórico. No Brasil, as políticas de ações afirmativas destinadas aos afro-brasileiros justificar-se-iam devido ao fato de os negros, mesmo após a abolição do trabalho escravo, não terem conquistado a plena liberdade, visto que não tiveram nenhum acesso à educação, ao trabalho digno etc., passando a integrar a maior parte da população marginalizada.

Outrossim, o argumento de que todos são iguais perante a lei – igualdade formal – não foi suficiente para erradicar o preconceito contra o negro, que continuou sofrendo constantes injustiças. Assim sendo, negros e brancos não se encontram em situação de igualdade material, pois não possuem as mesmas condições para alcançarem o sucesso em suas vidas, e é em decorrência disso que se adotam 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 justificar-se-iam para que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, constantes no art. 3º da Lei Maior, 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.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, por sua vez, representa um ramo do Direito Internacional Público, baseado no direito natural e que visa à proteção do ser humano e de tudo o que o cerca, considerando a dignidade da pessoa humana. Tem por objetivo proteger as liberdades públicas existentes e avançar para conquistá-las quando não existam, protegendo a própria espécie humana. Nesse sentido, os direitos humanos propriamente ditos consistiriam em reivindicações morais, com origem no momento exato em que deveriam e poderiam nascer. Ademais, os direitos humanos 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 de validade universal.

Vale dizer, ainda, que o Direito Internacional dos Direitos Humanos vale-se de duas importantes estratégias de combate à discriminação, vale-se de duas estratégias no combate à discriminação, a estratégia repressivo-punitiva, tendo com foco a punição e estratégia promocional, preocupada em promover a igualdade material.

Ademais, as ações afirmativas adotadas pelo Brasil guardam ampla relação com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, uma vez que encontram origem em tratados internacionais de direitos humanos ratificados, 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 em seu sentido material.

REFERÊNCIAS

- ARENDR, Hannah. **Origens do totalitarismo**: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 21.ed. Porto Alegre: Globo, 1982.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **A quinta geração de direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf>. Acesso em: 3 maio 2014.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 6264**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/587413.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2014.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. **Tolerância e seus limites**: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade. São Paulo: Unesp, 2003.
- CHAUÍ, Marilena. **Brasil**: mito fundador e sociedade autoritária. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- 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. 1-34, abr./maio, 2008.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro In: SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005.
- LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005.

LISBOA, Karen Macknow. Olhares estrangeiros sobre o Brasil do século XIX. In: MOTA, Carlos Guilherme (Org.). **Viagem incompleta: a experiência brasileira (1500-2000)**. São Paulo: Senac, 2000.

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

MOTA, Carlos Guilherme (Org.). **Viagem incompleta: a experiência brasileira (1500-2000)**. São Paulo: Senac, 2000.

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.

PINHEIRO, Paulo Sérgio (Org.). **Direitos humanos no século XXI**. [s.l.]: IPRI-FUNAG, 2002.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas e direitos humanos. **Revista USP**, São Paulo, n. 69, mar./maio 2006.

_____. 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.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, 1996.

SACHS, Ignacy. Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio (Org.). **Direitos humanos no século XXI**. [s.l.]: IPRI-FUNAG, 2002.

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.

SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005.

SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. **Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TOURARD, H elene. **L'Internationalisation d es Constitutions Nationales**. Paris: LGDJ, 2000.

TRINDADE, Ant onio Augusto Cançado. **A prote o internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1997.

VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge. Rumo ao multiculturalismo: a ado o compulsória de a oes afirmativas pelo estado brasileiro como repara o dos danos atuais sofridos pela popula o negra In: SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). **A oes afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educa o: UNESCO, 2005.

WEDDERBURN, Carlos Moore Wedderburn. Do marco histórico das políticas públicas de a o afirmativa In: SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). **A oes afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educa o: UNESCO, 2005.