Capítulo 3 - História da ação afirmativa no mundo

João Feres Júnior
Luiz Augusto Campos
Verônica Toste Daflon
Anna Carolina Venturini

SciELO Books / SciELO Livros / SciELO Libros

FERES JÚNIOR, J., CAMPOS, L.A., DAFLON, V.T., and VENTURINI, A.C. História da ação afirmativa no mundo. In: *Ação afirmativa: conceito, história e debates* [online]. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2018, pp. 51-63. Sociedade e política collection. ISBN: 978-65-990364-7-7.
<https://doi.org/10.7476/9786599036477.0005>.

All the contents of this work, except where otherwise noted, is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International license](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Todo o conteúdo deste trabalho, exceto quando houver ressalva, é publicado sob a licença [Creative Commons Atribuição 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Todo el contenido de esta obra, excepto donde se indique lo contrario, está bajo licencia de la licencia [Creative Commons Reconocimiento 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

CAPÍTULO 3

HISTÓRIA DA AÇÃO AFIRMATIVA NO MUNDO

O fato de a ação afirmativa ser uma modalidade de política aplicada em vários países mundo afora deve ser creditado, em grande medida, à disseminação da democracia liberal, regime constitucional que se tornou hegemônico ao longo do século XX. A adoção de políticas de discriminação positiva, o elemento procedimental crucial da ação afirmativa, parece ser uma decorrência direta, ainda que não inevitável, da expansão do princípio da igualdade ao ponto de pôr em questão, em alguns ramos da atividade social regulada, a aplicação da universalidade da norma. Ou seja, em nome da produção de maior igualdade, o Estado de Bem-Estar Social promove a violação controlada da aplicação de alguns critérios de igualdade universal. É somente por meio desse avanço moral e institucional que tal modelo de Estado se legitimou em frente ao modelo liberal clássico, calcado na dureza da norma por um lado e no conservadorismo social por outro.

Não é coincidência histórica que essa nova modalidade política tenha surgido em momentos nos quais a demanda politicamente organizada por igualdade superou a capacidade real da legislação universalista em promovê-la. Tomem-se os casos clássicos da Inglaterra do século XIX e dos Estados Unidos do New Deal. Tampouco é coincidência a existência do mesmo “excesso de demanda” por igualdade na origem das políticas de ação afirmativa, seja no contexto da fundação do Estado indiano moderno, do Civil Rights Movement nos Estados Unidos, da Constituição sul-

-africana pós-*apartheid* ou do Brasil redemocratizado. Em todos esses casos, um surto de democratização levou a convivência entre uma sociedade imensamente desigual e um sistema de igualdade universal a um estado de crise.

Neste capítulo, abordamos as experiências internacionais mais relevantes de implantação da ação afirmativa: Índia, Estados Unidos e África do Sul. O caso brasileiro será tratado em maior detalhe no capítulo seguinte. Como já foi dito, o exemplo norte-americano não poderia ser deixado de fora, pois, mesmo não sendo o mais antigo, ao contrário do que muitos acreditam, é o mais estudado e de longe o mais influente no Brasil. Os casos da África do Sul e da Índia, infelizmente pouco conhecidos aqui, constituem material de grande interesse comparativo.

Ainda que com temporalidades diferentes e em continentes diversos, todos esses países têm em comum na sua formação o fato de terem sido colônias de metrópoles europeias. Assim como o Brasil, o país africano passou por um processo de democratização recente, inaugurando uma nova Constituição. Da mesma forma, a ação afirmativa lá se dirige a uma grande parcela da população em vez de a uma minoria, como nos Estados Unidos, onde os negros são somente 13% da população. Na África do Sul, os não brancos somam mais de 90% da população (79,5% negros africanos, 8,9% *coloured* e 2,5% indianos e asiáticos), e no Brasil, se somarmos aqueles se declaram pretos e pardos, temos mais da metade da população. A Índia, por seu turno, é pioneira na implantação de programas de ação afirmativa (políticas de reserva) no mundo (1950) e, portanto, acumula uma experiência que a torna um objeto de estudo importante. A adoção de políticas de reserva para representação política, em contraposição à ênfase na educação e no emprego dada em outros casos nacionais, também constitui matéria de potencial interesse para a pesquisa.

Índia

Como dissemos, a Índia é pioneira mundial no uso de critérios de discriminação positiva. Na verdade, tais práticas já eram adotadas no período colonial, particularmente a partir do fim do século XIX e início do século XX, com o surgimento de movimentos organizados no sul da Índia, cujo objetivo era reduzir o poder dos brâmanes. Embora fossem apenas cerca de 3% da população nessas áreas, os brâmanes dominavam as posições de elite abertas aos indianos sob o jugo colonial britânico – tanto no serviço civil como em outras profissões liberais. Esses movimentos pressionavam a autoridade colonial pedindo o estabelecimento de reservas de posições para não brâmanes no serviço público e também a provisão de ajuda a não brâmanes em instituições educacionais. Entre os não brâmanes mobilizados havia hindus de castas superiores relativamente bem-sucedidos, assim como párias ou “intocáveis” (*dalits*).

Em 1947, o país se tornou independente, e no mesmo ano começaram as reuniões da Assembleia Constituinte da nova nação. Ainda que o primeiro-ministro Jawaharlal Nehru fosse contrário às políticas de reserva, B. R. Ambedkar, ministro da legislatura e presidente do comitê de elaboração da Constituição da Assembleia Constituinte, era a favor de prover uma base constitucional para políticas de reservas favorecendo os intocáveis. Em 26 de janeiro de 1950 entrou em vigor a Constituição indiana, que aboliu a intocabilidade (art. 17) e tornou a prática criminosa. O termo legal para designar os *dalits* passou então a ser “*scheduled castes*”. O artigo 46 instituiu cotas de 15% para esse grupo e de 7,5% para membros das *scheduled tribes* (outros grupos inferiorizados na sociedade indiana, cujo nome genérico é *adivasis*) em posições no governo. Os artigos 330 e 331 criam reservas de assento nas legislaturas provinciais e nacionais para membros das *scheduled castes* e *scheduled tribes*. O artigo 335 estabelece reservas de cargos pú-

blicos especialmente para *dalits*. No que diz respeito à educação, no entanto, o artigo 29 da Constituição rejeita qualquer tipo de discriminação nas admissões a instituições de ensino. E, por fim, o artigo 338 prescreve a nomeação de um oficial para fazer relatórios para o presidente e o Parlamento sobre a aplicação dessas medidas.

Em 1969, Indira Gandhi nacionalizou vários bancos privados e adotou políticas de discriminação compensatória para o setor bancário. Na década de 1970, aumentaram as demandas das *Other Backward Classes* (comunidades não incluídas nas listas oficiais de *scheduled castes* e *scheduled tribes*) por reservas similares, sob a alegação de que elas também seriam vítimas de discriminação social, econômica e política. O governo do Janata Party (o primeiro partido a derrotar o Indian National Congress nas eleições nacionais, em 1977) nomeou a Segunda Comissão das “Classes Atrasadas” (*Second Backward Classes Commission*) sob a liderança de B. P. Mandal, mais conhecida como Comissão Mandal. Seus principais objetivos foram determinar os critérios para definir as “classes atrasadas” e recomendar passos a serem tomados para promover o avanço dessas classes.

Em 31 de dezembro 1980, a Comissão Mandal submeteu seu relatório ao governo de Indira Gandhi, listando como atrasadas 3.248 castas ou comunidades, compreendendo 52,4% da população da Índia, isto é, cerca de 350 milhões de pessoas, que receberam o nome coletivo de *Other Backward Classes* (OBCs) e tiveram recomendações de reservas. Nesse mesmo relatório, a Comissão propôs um esquema de reservas para as OBCs que seguisse, entre outros, os seguintes preceitos: (1) os candidatos pertencentes a essas OBCs que participassem de uma competição aberta e fossem recrutados com base no mérito não seriam incluídos na cota de 27% das reservas; (2) essa reserva de 27% seria aplicável a todos os níveis; (3) as cotas que, ainda assim, não fossem preenchidas continuariam abertas por um período de três anos para só então serem liberadas; (4) por fim, a flexibilização da idade máxima per-

mitida para o recrutamento direto seria estendida para membros das OBCs, da mesma forma que havia sido feito com candidatos das SCs e STs.

O relatório ainda recomendava que o sistema de listas para cada categoria de postos fosse adotado pelas autoridades responsáveis da mesma forma para os candidatos das SCs e STs. Esse esquema de reservas acima mencionado também deveria se estender ao recrutamento no setor público, compreendendo tanto os governos central e estadual, os bancos nacionalizados, as empresas do setor privado que recebem assistência financeira do governo, como todas as universidades e estabelecimentos de ensino superior afiliados.

O governo do estado de Gujarat, liderado pelo ministro-chefe Madhav Singh Solanki, do *Congress Party*, e composto majoritariamente por membros de grupos desprivilegiados, anunciou em 10 de janeiro de 1985 o aumento de 10% para 28% da cota de reservas para candidatos pertencentes às OBCs nas universidades e para empregos no governo, mas as medidas não chegaram a ser postas em prática na época. Com a derrota do *Janata Party* nas eleições nacionais, as administrações seguintes do *Congress Party* (sob Indira Gandhi e Rajiv Gandhi) não mostraram interesse em implementar as recomendações do relatório da Comissão Mandal. Foi apenas em 1990 que o então primeiro-ministro Vishwanath Pratap Singh finalmente anunciou que as recomendações da Comissão seriam de fato implantadas: reserva de 27% de todos os postos no serviço público para membros das OBCs em adição aos 21% já reservados para as STs e SCs, o que totaliza 48% das posições – 1% a menos que a proporção máxima de reserva aceita pelas cortes de justiça indianas.

Um debate público acalorado se seguiu à legalização das medidas, e o governo de Singh começou a sofrer fortes pressões para abolí-las, particularmente da grande mídia indiana. Contudo, o apoio das classes populares parece ter servido para contrabalançar

tal pressão, e a Suprema Corte preferiu não interferir no debate. Singh perdeu o mandato em novembro de 1990 em parte devido às tensões geradas pela nova política. O novo governo assumiu e, em vez de abolir as medidas, adicionou um critério econômico, dando preferência às reservas para as classes mais pobres. A Suprema Corte declarou a nova política inconstitucional, mas ao mesmo tempo aceitou medidas que excluíssem das reservas o chamado *creamy layer*, pessoas que, a despeito da casta à qual pertencem, têm profissão de *status* social elevado e alto nível educacional.

Estados Unidos

As políticas de ação afirmativa nos Estados Unidos foram criadas já na década de 1960. Mesmo que haja alguma discordância sobre os fatores que levaram o governo a adotar tais medidas, é inegável que a mobilização política e social que ficou conhecida como *Civil Rights Movement* teve um papel decisivo. O republicano Dwight D. Eisenhower, presidente do país no período 1953-61, já havia proibido a segregação racial no serviço público federal e nas empresas prestadoras de serviço à União. John F. Kennedy deu um passo importante ao criar, com a Ordem Executiva 10.925 de 1961, o *Equal Opportunity Employment Committee*, órgão com a autoridade de bloquear a contratação ou anular os contratos das empresas que não implantassem as novas diretrizes do governo. A expressão “ação afirmativa” aparece aí pela primeira vez em um documento oficial.

Com a aprovação no Congresso dos Estados Unidos do *Civil Rights Act* em julho de 1964, as medidas antidiscriminação adquiriram o *status* de lei federal. O inciso sétimo (*title VII*) do Ato proíbe a prática da discriminação em serviços voltados ao público, incluindo vários aspectos do emprego, como contratação, treinamento, promoção, recrutamento, dispensa, entre outros. O inciso sétimo também institui a *Equal Employment Opportunity Com-*

mission (EEOC), cujo objetivo era negociar soluções para queixas contra a discriminação.

Apesar de ter sido usada por Kennedy no texto da Ordem 10.925, o termo “ação afirmativa” não tinha o sentido de “discriminação positiva” que veio a assumir, pela primeira vez, na Ordem Executiva 11.246, promulgada em 1965 por seu sucessor Lyndon B. Johnson. No texto de Johnson, ação afirmativa é definida como um procedimento ativamente direcionado para a promoção da igualdade racial na contratação como resultado objetivo, e não somente como princípio orientador. Em outras palavras, o critério adotado passava a ser a igualdade substantiva e não mais a puramente formal.

De 1965 a 1978 a ação afirmativa se espalhou pela sociedade norte-americana no âmbito das relações de trabalho. O ativismo governamental obrigou as empresas prestadoras de serviço a adotarem políticas de igualdade de oportunidades. Na educação superior, a ação afirmativa penetrou de maneira similar, pois, ainda que o sistema universitário dos Estados Unidos tenha uma forte participação de instituições privadas, ele é em grande parte dependente do dinheiro público, que chega às instituições privadas por meio de bolsas e financiamento de pesquisa. Portanto, as universidades privadas foram também compelidas a adotar programas de ação afirmativa, caso contrário não poderiam receber verbas públicas.

Após esse período de expansão, a ação afirmativa finalmente teve sua constitucionalidade questionada na Suprema Corte estadunidense em 1978, quando esse tribunal julgou o caso *Regents of the University of California v. Bakke*. Nele, um estudante branco alegava que o programa de ação afirmativa da Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia em Davis lhe havia denegado o ingresso em razão da sua cor, o que violava o princípio da igualdade (*equal protection clause*) previsto na 14.^a Emenda à Constituição norte-americana. Na época, a Faculdade de Medicina tinha um programa dual de acesso, no qual 16 de cada 100 vagas eram

reservadas a estudantes pertencentes a grupos minoritários, como negros, asiáticos e indígenas, enquanto as 84 vagas restantes eram preenchidas pelo programa geral de acesso. Tendo em vista que as escolas de ensino médio dos distritos mais pobres em alguns estados, como a Califórnia, são compostas predominantemente por estudantes negros ou latinos, essa política permitia que um número considerável de estudantes desses grupos sub-representados fosse admitido na faculdade.

A Corte se dividiu em opiniões favoráveis e contrárias à declaração de constitucionalidade da política, e coube ao juiz Lewis Powell o voto decisivo. Powell tentou fazer uma solução de compromisso declarando inconstitucional a política baseada na reserva de vagas para grupos minoritários, mas ratificou o programa de ação afirmativa utilizado pela Universidade de Harvard – que atuou no processo no *amicus curiae* – e reconheceu que o objetivo de ter um corpo discente diverso seria constitucionalmente permitido, autorizando, assim, que o fator raça pudesse ser considerado um elemento entre outros no processo de admissão dos alunos para cursos de graduação e de pós-graduação. Assim, no entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos, a universidade deveria considerar as contribuições de cada candidato para a diversidade do corpo discente de maneira individualizada.¹ Após a decisão de Bakke, diversas universidades norte-americanas passaram a adotar políticas de ação afirmativa em seus processos de admissão, tendo como base o objetivo de promover a diversidade e os benefícios educacionais dela decorrentes.

A discussão a respeito da diversidade no âmbito educacional se intensificou após a decisão do caso Hopwood v. Texas pela Corte de Apelação do 5.º Circuito, de 1996. Nesse caso, a Corte considerou inconstitucional o programa de ação afirmativa da Fa-

¹ Disponível em: <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/bakke.html>.

culdade de Direito da Universidade do Texas, o qual avaliava negros e mexicanos separadamente e com base em padrões de admissão inclusivos. A Corte alegou que não havia base para sustentar que estudantes de minorias trariam visões e perspectivas diferentes para a universidade, pois dizer que pessoas de raças diferentes pensam de forma diferente representaria a criação de estereótipos em relação a tais grupos.

A ação afirmativa seria tratada novamente pela Suprema Corte estadunidense em 2003, no caso *Grutter v. Bollinger*. Como já comentamos acima, a decisão reafirmou a opinião do juiz Powell em *Bakke*, isto é, a constitucionalidade de utilizar a raça como um fator de seleção, entre outros, no propósito de alcançar um corpo estudantil mais diversificado, desde que seja evitada a adoção de cotas e se julgue o potencial de contribuição de cada estudante para a diversidade do corpo discente. Já no caso *Gratz v. Bollinger*, também julgado no ano de 2003, a Suprema Corte declarou o programa de ação afirmativa da Universidade de Michigan inconstitucional por não considerar de forma adequada as contribuições de cada candidato para a diversidade do corpo discente de maneira individualizada.

O tema voltaria à Suprema Corte em 2013 e 2016, com o julgamento em dois estágios do caso *Fisher v. University of Texas*, sobre o uso de ações afirmativas para negros no processo de seleção. No primeiro julgamento, a Corte reiterou a necessidade do uso do “escrutínio estrito” como método para averiguar a constitucionalidade da ação afirmativa racial, o que significa, na prática, que a universidade teve que provar não haver outros meios de promover a diversidade do alunato sem que o critério raça fosse usado, mas deu ganho de causa para a universidade. Abigail Noel Fisher processou novamente a universidade por supostamente não ter produzido tais provas, e o processo, depois de passar por uma corte de segunda instância (Quinto Circuito), foi novamente aceito pela Suprema Corte, que decidiu em favor da universidade,

aceitando as evidências fornecidas de que não havia outros meios viáveis de produzir a diversidade almejada que excluíssem o uso do critério raça.

África do Sul

Dependendo de como se concebe a ação afirmativa, podemos dizer que a África do Sul pratica tais políticas desde 1948, quando o regime do *apartheid*, termo que em africânder significa “vidas separadas”, foi oficialmente legalizado. Isso porque tal regime constituía na prática uma reserva dos espaços e posições de maior *status* social para os brancos, em detrimento da maioria de origem africana e de outros grupos não brancos, mormente indianos e *coloured*. Mas, para além do jogo de palavras, o que na verdade havia era uma discriminação negativa contra não brancos, que lhes conferia o *status* de cidadãos de segunda classe. O exemplo histórico daquele país é, portanto, muito interessante e didático, pois revela a diferença concreta entre discriminação positiva, que visa promover grupos desprivilegiados, como nas políticas de ação afirmativa, e discriminação negativa, que tem por objetivo prejudicar ainda mais tais grupos.

O *apartheid* começou a ruir somente em 1990, quando o governo do National Party aboliu paulatinamente o regime de exclusão sobre o qual se calcava e passou a negociar sua própria saída do poder. Frederik Willem de Klerk anunciou, então, o fim das restrições aos partidos *African National Congress*, *Pan Africanist Congress* e *Communist Party*, a liberdade de expressão, a supressão da pena de morte – dando fim parcial aos 25 anos de estado de emergência – e se comprometeu a soltar Nelson Mandela.

Mandela levantou a questão da ação afirmativa já em 1991, ao dizer que seus objetivos principais seriam corrigir os desequilíbrios criados pelo *apartheid*. Segundo ele, tal política deveria se basear em critérios de caráter justo e universal de atribuição de

direitos, sugerindo também que um governo democrático teria que enfrentar a difícil tarefa de promover os negros e, ao mesmo tempo, manter o crescimento econômico da África do Sul. Em 1992, realizou-se um referendo em que os sul-africanos brancos foram convocados a votar contra ou a favor da continuidade das reformas iniciadas por De Klerk, e 68% do eleitorado branco votou a favor do fim do *apartheid* e da constituição de uma democracia multirracial. No ano seguinte, uma Constituição provisória foi aprovada prevendo a promoção da equidade e da igualdade de oportunidades no local de trabalho, ao mesmo tempo que exigia a razoabilidade na formulação das políticas de ação afirmativa. O parágrafo 8(3)(a) da carta declarava: “a sociedade deve tratar como legítima qualquer medida que objetive a proteção adequada e o avanço de pessoas que sofreram discriminação no passado”.

As primeiras eleições livres pós-*apartheid* aconteceram em 1994, e Mandela foi eleito presidente. Logo em seguida, o *African National Congress* lançou o Programa de Reconstrução e Desenvolvimento, cujo objetivo declarado era investir no capital humano do país a fim de transformar a economia e a sociedade sul-africanas, adotando a ação afirmativa não como uma política provisória, mas como um processo ligado intimamente à cultura empresarial, acadêmica e do serviço público. O apoio da sociedade sul-africana à ação afirmativa foi, então, amplo e inequívoco.

A ação afirmativa tornou-se compulsória no serviço público imediatamente após as eleições, por meio da emenda do *Public Service Act*, instituindo-se, assim, a obrigatoriedade da consideração da raça, gênero ou deficiência do candidato para sua contratação ou promoção. Aliada a essa consideração, mantinham-se as exigências tradicionais de qualificação, treinamento, educação e outros indicadores de mérito.

Em 1995, o governo criou a Comissão Nacional da Educação Superior – *National Commission on Higher Education* (NCHE) – para analisar as condições da educação no país e pro-

mulgou o *Labour Relations Act*, que autorizava os empregadores a criar as próprias políticas de ação afirmativa. No ano seguinte, a NCHE produziu um relatório instando o governo a tomar medidas de promoção de igualdade de oportunidades no ensino universitário. Ao ser acionada pela primeira vez em um caso envolvendo ação afirmativa, *Motala v. University of Natal*, a Corte Suprema do país determinou que programas especiais de ação afirmativa devem ser compulsórios também para instituições semiestatais. Mostrando conhecer a distinção entre discriminação positiva e negativa, a Corte, no julgamento do caso *Western Cape Education Department v. George*, declarou que a discriminação no local de trabalho é inaceitável, exceto em caso de aplicação de medidas de ação afirmativa, que todos os empregados devem ser considerados igualmente para promoções e que a ação afirmativa não justifica a exclusão injusta de empregados brancos.

Em 1996 entra em vigor a Constituição da África do Sul, contendo artigos que fazem referência direta à ação afirmativa. Principalmente o capítulo 2, artigo 9, que proclama, logo após a cláusula da igualdade de todos perante a lei:

Para promover a igualdade, devem ser tomadas medidas legislativas e de outra natureza que sejam desenhadas para proteger ou avançar a condição de pessoas ou grupos de pessoas que sofrem desvantagem devido à discriminação injusta [...]

Nenhuma pessoa pode ser discriminada de maneira injusta [...]

Legislação nacional deve ser criada para prevenir ou proibir a discriminação injusta [...]

A discriminação com base na raça, sexo, gênero, gravidez, estado civil, etnia, origem social, cor, orientação sexual, idade, deficiência, religião, consciência, cultura, língua ou nascimento deve ser considerada injusta, a não ser em casos que a discriminação seja justa.

Em abril de 1996, o Departamento de Educação, depois de promover uma série de encontros por todo o país com pessoas envolvidas com educação superior, divulgou o *Education white paper 3: a programme for higher education* e a *Higher education bill*. Estes atrelavam o sucesso da transformação e a expansão do sistema sul-africano de educação superior a políticas orientadas fundamentalmente pelo princípio da reparação. Para tal, aconselhavam a criação de suporte institucional para garantir o reconhecimento e o combate às desigualdades e desproporcionalidades do passado. No ano seguinte, foi elaborado o *Green paper on affirmative action*, segundo o qual a igualdade deve ser o princípio fundador de uma sociedade democrática e os programas de igualdade no mercado de trabalho são estratégias de exposição e combate das injustiças raciais.

Em 1998 foi promulgado o *Employment Equity Act* pelo Ministério do Trabalho, que previa o estabelecimento de uma Comissão pela Igualdade no Emprego ligada ao próprio ministério. Seu objetivo era promover a igualdade no local de trabalho a partir das seguintes estratégias: (1) promoção da igualdade de oportunidades e tratamento justo no emprego por meio da eliminação da discriminação injusta e (2) implementação de ação afirmativa para reparar as desvantagens no emprego vivenciadas por determinados grupos, a fim de garantir sua representação equitativa em todas as categorias ocupacionais e níveis na força de trabalho”.