

## O princípio da igualdade na Constituição Brasileira e sua aplicabilidade nas ações afirmativas referentes ao ingresso no ensino superior

Clovis Gorczevski<sup>1</sup>

Rosane Beatris Mariano da Rocha Barcelos Terra<sup>2</sup>

**Sumário:** Considerações iniciais. 1 Breves apontamentos sobre o Princípio da Igualdade e suas contextualizações. 2 Conceitualização das Ações Afirmativas e sua correlação com os demais princípios norteadores. 3 Discriminações: aspectos Positivos e Negativos. 4 Um exemplo de implementação digno de reconhecimento. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** O presente artigo é fruto da inquietação frente aos postulados que envolvem a temática da igualdade. Versando sobre a efetivação do Direito Fundamental e constitucional à Igualdade como pressuposto à dignidade da pessoa humana, eis que o mesmo é fundamento do Estado Democrático de Direito. O trabalho visa, ademais, demonstrar a trajetória do Princípio da Igualdade no desenvolvimento social, político e jurídico, bem como analisar a inserção de Ações Afirmativas na modalidade de reserva de cotas para ingresso universitário como forma de inclusão social. Assim, prima-se pela verificação da viabilidade ou não de um possível afronte ao princípio em comento, tendo em vista sempre a observância da norma constitucional positivada. Nessa quadra, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, apresentado sob a forma de levantamento histórico e crítico, delimitando-o, espaço-temporalmente. Ao final, busca-se estabelecer os referenciais teóricos imprescindíveis à pesquisa, a saber: igualdade como pressuposto indissociável do viés educacional, suas acepções constitucionais, as ações afirmativas como políticas de inclusão social e o fomento do Estado Democrático de Direito.

**Palavras-Chave:** princípio da igualdade – ações afirmativas – ingresso à universidade

**Resumen:** Lo presente artículo es fruto de la inquietud frente a los postulados que envuelven la temática de la igualdad. Elle versa sobre la efectivación del Derecho Fundamental y Constitucional a la Igualdad como presupuesto a la dignidad de la persona humana, es que he que el mismo es fundamento fuente del Estado Democrático de Derecho. Visa, además, demostrar la trayectoria del Principio de la Igualdad en el ámbito social, político y jurídico, bien como se analiza la inserción de Acciones Afirmativas en la modalidad de reserva de anotaciones para entrada universitaria como forma de inclusión social. Así, se se dá énfasis por la verificación de la viabilidad o no de un posible afronte al principio en comento, mirándose siempre la observancia de la norma constitucional en la óptica positiva. En esa cuadra, se emplea el método de abordaje deductivo, presentado bajo la forma de levantamiento histórico y crítico, que se apunta espacio-temporalmente. Al final, se busca establecer los referenciales teóricos imprescindibles a la pesquisa, a saber: igualdad como presupuesto indissociable del aparte educacional, sus acepciones constitucionales, las acciones afirmativas como políticas de inclusión social y el fomento del Estado Democrático de Derecho.

**Key-words:** Equality principle, affirmative actions, entrance af the university

<sup>1</sup> Advogado, Professor Doutor da Universidade de Santa Cruz do Sul, Pós-Doutorando pela Universidade de Burgos da Espanha, Professor da Graduação e do Mestrado da UNISC.

<sup>2</sup> Advogada, Especialista em Pesquisa Científica, Mestranda em Direito pela UNISC.



### **Considerações iniciais**

O escopo de romper paradigmas na educação pátria decorrente de um ideal, movido pela latente injustiça vigente no nosso país, causada pelas desigualdades sociais, geradoras de uma pseudocidadania e da manutenção do *status quo* para os mais desfavorecidos, fomentando a violência que devasta todos os segmentos sociais que assumem variadas formas, tais como o desemprego generalizado e a alienação política e social, incitando a abertura de olhos para um novo horizonte, impondo, dessa forma, uma nova visão de mundo para equacionar da melhor forma possível a questão educacional, visto que ela é pedra angular ao desenvolvimento humano.

Num primeiro momento, prima-se pela análise, de forma crítica, do Princípio da Igualdade e do tratamento atribuído pela Constituição Brasileira. Em seguida, cotejar-se-á a questão da estipulação de “cotas” para ingresso em instituições de ensino superior, como forma de instrumentalização de ações afirmativas.

Pelo prisma abordado, objetivando-se a concretização dos ideais lançados, mostra-se essencial o estabelecimento da distinção existente entre a acepção formal e a material do princípio referido. No mesmo ensejo, será abordado as conceituações necessárias para a boa fluidez da compreensão da proposta.

Ademais, será exposto, ainda, uma breve evolução histórica sobre a implementação de discriminações positivas (segundo o direito europeu) ou ações afirmativas (conforme a designação do direito americano e brasileiro).

Inolvidável, nessa visão, ressaltar a intrincada questão que as discriminações nos colocam, uma vez que, dependendo da ótica pela qual se perpassa, elas poderão ser consideradas como positivas ou negativas.

Cumpre, ademais, repisar a correlação inarredável e permanente que se deve fazer entre os fundamentos constitucionais, os princípios, como o da Igualdade, da Liberdade, da Dignidade da Pessoa Humana, dentre outros, pois tais questões são meios de solucionar as novas indagações e interpretações, não só do meio acadêmico, como também da seara do espaço jurídico-político.

É justamente, nesse sentido, que o presente trabalho se esmerará, em demonstrar a possibilidade de adoção de ações afirmativas, denominadas de reserva



de cotas, voltadas a beneficiar parcela da população para ingresso no ensino superior, seja em razão da etnia dos ingressantes, seja em razão de sua condição física ou socioeconômica, sem isso constituir-se num afronte ao princípio da igualdade.

### **1 Breves apontamentos sobre o Princípio da Igualdade e suas contextualizações**

Segundo a ótica liberal, o princípio da igualdade atinha-se à proclamação da igualdade de todos perante a lei, sob a acepção estritamente formal, dissociada do interesse de eliminar as desigualdades sociais e econômicas.

No início do século passado, a acepção do princípio ganhou novo entendimento, ou seja, passamos a compreendê-la como um conceito substancial que encerra o aspecto de proporcionalidade e ponderação no que tange à consideração das peculiaridades específicas de cada pessoa, muito bem pontuado por Faria<sup>3</sup>: “(...) além da igualdade perante a lei, deverá existir igualdade perante a vida”.

Em nossa Constituição atual, encontramos a caracterização do princípio da igualdade desde seu preâmbulo, estendendo suas ramificações por todo o texto constitucional. Exemplificativamente, podemos citar os seguintes dispositivos: Preâmbulo, artigo 3º e incisos I, III e IV, artigo 5º e inciso I, artigo 170 e incisos VII e IX, artigo 7º e inciso XX, artigo 37 e inciso VIII, artigo 208 e inciso V, artigo 227 e inciso II.

Além dessas preceituações, a Constituição Federal do modo como dispõe a questão do princípio da igualdade dá margem para que surjam duas formas de interpretações, ou seja, pode-se desprender uma interpretação formal e outra material.

Silva<sup>4</sup>, em posicionamento peculiar, entende que a igualdade constitui o signo fundamental da democracia e, como tal, deve ser interpretada, aproximando as duas formas de igualdade expressas na própria Constituição Federal.

Porém, o princípio da igualdade, de acordo com a atual Carta Magna, significa propiciar, como já referido, perante o direito, um tratamento legislativo e jurídico igualitário aos iguais e, por questão de justiça, da mesma forma tratar os desiguais, desigualmente. Esta é a forma denominada de igualdade material, substancial, que postula uma igualdade real, efetiva, entre todos os homens, perante os bens da vida.



Coadunam-se a esse posicionamento as idéias de Pérez-Luño<sup>5</sup> que, de forma bastante didática, expõe a significação do conceito de igualdade:

Desde un punto de vista lógico, el concepto de igualdad significa la coincidencia o equivalencia parcial entre diferentes entes. Esta categoría es distinta de la identidad, que entrana la coincidencia absoluta de un ente consigo mismo, y de la semejanza, que evoca la mera afinidad o aproximación entre diferentes entes.

Sabe-se, no entanto, que a igualdade absoluta é utópica, uma vez que existem pessoas com diferentes valores, tais como habilidade e aptidão que não podem ser ignoradas. Nesse sentido, a busca pela igualdade absoluta persiste no constitucionalismo moderno, de maneira itinerante.

Em sentido oposto, temos a designação do que seja a igualdade formal, presente em nossa atual Carta Magna, assim como em quase todas as Constituições Democráticas da modernidade, isto significa dizer que o formalismo dessa igualdade “consiste no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento constitucional”<sup>6</sup>.

Visando aos avanços em direção à igualdade substancial, ou do que mais se aproxime dela, eis que se constitui no escopo da presente pesquisa, valem-nos de normas ditas programáticas voltadas a diminuir as desigualdades materiais e sociais existentes na sociedade atual, bem como da implementação das políticas ou programas de ação estatal, por meio das ditas ações afirmativas, que serão retomadas adiante com mais afinco.

Assevera, ainda, Pérez-Luño<sup>7</sup>, com propriedade, a justificativa para a real compreensão da diversidade da noção do princípio da igualdade

La noción de igualdad, como casi todos los grandes valores fundamentales, presenta estrechas concomitancias con otros principios ideales ( libertad, justicia, bien común...) dirigidos al desarrollo ético-social de la comunidad humana. Esta condición, junto con la diversidad de planos y etapas históricas em los que há venido utilizada há sido motivo de su diversidad significativa.

Silva<sup>8</sup>, ao tratar especificamente do direito de igualdade, salienta que este direito há muito não vem recebendo um destaque maior nas rodas de discussão, em relação ao direito de liberdade. Em suas palavras,

(...) a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. (...) Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. (...) Por isso é que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. (...) É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que se assenta a democracia liberal burguesa.

Feitas essas considerações iniciais a respeito do princípio da igualdade, passamos, de imediato, a sopesar a conceituação das ações afirmativas e sua evolução histórica no contexto mundial, e os instrumentos positivados na Constituição de 1988, bem como as leis esparsas, caracterizadoras das políticas afirmativas.

## **2 Conceitualização das ações afirmativas e sua correlação com os demais princípios norteadores**

Segundo a ótica de renomados doutrinadores, que serão elencados a seguir, cotejaremos a conceituação das ações afirmativas, apresentando, na seqüência, um sucinto enquadramento espaço-temporal dessas políticas.

Inicialmente coletamos a conceituação trazida por Gomes<sup>9</sup> para a melhor compreensão de ditas ações, as quais

consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade.<sup>10</sup>

Assim, temos que a primeira designação de ação afirmativa influencia até os dias de hoje a questão da conservação do sentido de reparação por uma injustiça passada. Enquanto que a noção moderna, diz respeito a um programa de políticas públicas impostas pelo Executivo ou pelo Legislativo, ou praticado por empresas privadas para garantir a ascensão de minorias étnicas, raciais e sexuais<sup>11</sup>.

Portanto, podemos afirmar que são duas as correntes teóricas embaadoras das ações afirmativas. Cita-se a existência da que se denomina justiça compensatória, que é caracterizada como política ou programa público ou privado, que objetiva



conceder benefícios às minorias sociais, em condições desvantajosas frente a uma realidade social, em face de discriminações negativas passadas. A segunda corrente se fundamenta na justiça distributiva, ou seja, baseia-se na equidade da redistribuição de encargos e benefícios sociais.

É relevante ressaltar a existência de doutrinadores que reconhecem as ações afirmativas como sendo medidas evadas do caráter de temporariedade. Nesse sentido, a conceituação de Cashmore<sup>12</sup> sobre as referidas ações,

(...) medidas temporárias e especiais, tomadas ou determinadas pelo Estado, de forma compulsória ou espontânea, com o propósito específico de eliminar as desigualdades que foram acumuladas no decorrer da história da sociedade. Estas medidas têm como principais beneficiários os membros dos grupos que enfrentaram preconceitos.

Nesse sentido, podemos concluir que a implementação das ações afirmativas possui uma finalidade social, ou seja, elas buscam a eliminação dessa exclusão, pois é justamente aos grupos que enfrentam uma série de preconceitos que elas visam atingir.

Gomes<sup>13</sup> enuncia que 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 e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego (...).

Enfim, versar sobre ações afirmativas é tratar de programas que envolvem políticas, mecanismos de inclusão, concebidos não só por entidades públicas, mas também por entidades privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, no intuito de concretizar efetivamente o princípio da igualdade de oportunidades a todos os seres humanos.

Não há como se dissociar a questão da igualdade da colação com outros princípios de similar importância.

No processo de institucionalização dos direitos humanos no Brasil, nossa Carta Magna institui a igualdade, juntamente com outros princípios tidos basilares, como o da dignidade humana, a condição de suporte axiológico de todo o sistema jurídico, devendo, pois, ser obrigatoriamente observados, quando da interpretação

do ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, é igualmente relevante asseverarmos quanto à importância do Estado Democrático de Direito, esteio da ordem jurídica pátria, reconhecendo-se que essa concepção é constituída por um arcabouço de diretrizes normativas que servem de base interpretativa e construtiva do sistema legal, o qual denominamos de princípios. É pois, o princípio da igualdade, pedra angular desse trabalho, âncora da ordem jurídica democrática.

O Estado Democrático de Direito possui como fundamento o respeito à dignidade da pessoa humana, ou seja, um Estado submetido ao Direito pauta-se pela lei, e por via de consequência obedece ao princípio da legalidade. Outrossim, da legalidade decorre o princípio da igualdade, ambos sob o crivo de uma justiça, o que resulta no princípio da justicialidade<sup>14</sup>.

Ao analisarmos o princípio da igualdade, confrontando-o com as denominadas ações afirmativas de inserção educacional, utilizamo-nos ainda dos princípios da proporcionalidade e da dignidade humana, como suportes constitucionais para a implementação ou não, de políticas de ação afirmativa.

Portanto, o princípio da proporcionalidade encerra, resumidamente, a necessidade de buscar-se um equilíbrio para a efetivação de todo e qualquer direito fundamental. É Bonavides<sup>15</sup> quem nos enriquece com a afirmação da existência de dois aspectos relevantes do princípio da proporcionalidade, trazidos por um publicista francês: “o princípio da proporcionalidade é regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder” – sentido amplo -, enquanto que em sentido restrito, assinala-se a relação entre fim e meio, de acordo com o objetivo a ser atingido.

Diante disso, no confronto da isonomia versus implementação de ações afirmativas, devemos nos valer da incidência do princípio da proporcionalidade visto que este norteador jurídico busca a solidez do próprio Estado de Direito e numa relação estreita com o princípio da igualdade, segundo Bonavides<sup>16</sup> contribui para conciliar o direito formal com o direito material em ordem a prover as exigências de transformações sociais extremamente velozes, e de outra parte juridicamente incontroláveis, caso faltasse à presteza do novo axioma constitucional.



Sustenta ainda o sobredito autor:

Finalmente, com a introdução do princípio da proporcionalidade na esfera constitucional, o constitucionalismo mergulhou a fundo na existencialidade, no real, no fático, sendo contraditórias desse processo todas as Constituições que, por demasiado formalismo, põem a confiança de sua eficácia e normalidade na extensão do texto, na qualificação prolixa de artigos e parágrafos, como se esse fora o critério de qualidade dos estatutos fundamentais” [...] Chegamos, por conseguinte, ao advento de um novo Estado de Direito, à plenitude da constitucionalidade material. Sem o princípio da proporcionalidade, aquela constitucionalidade ficaria privada do instrumento mais poderoso de garantia dos direitos fundamentais contra possíveis e eventuais excessos perpetrados com o preenchimento do espaço aberto pela Constituição ao legislador para atuar formulativamente no domínio das reservas de lei.<sup>17</sup>

Assim sendo, consoante inteligência desse mesmo jurista, a vinculação do aludido princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional, genericamente falando, dá-se por via dos direitos fundamentais e é nesse sentido que o mesmo ganha extraordinária proeminência auferida a outros tantos princípios cardeais e afins, nomeadamente como o princípio da igualdade.

Destarte, o princípio da proporcionalidade na visão de Steinmetz<sup>18</sup> significa,

em matéria de limitação dos direitos fundamentais, pressupõe a estruturação de uma relação meio-fim, na qual o fim é o objetivo ou finalidade perseguida pela limitação, e o meio é a própria decisão normativa, legislativa ou judicial, limitadora que pretende tornar possível o alcance do fim almejado. O princípio ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser proporcional, racional, não-excessiva, não-arbitrária. Isso significa que entre meio e fim deve haver uma relação adequada, necessária e racional ou proporcional.

No que tange à dignidade humana, tem-se que esse princípio é igualmente do mesmo modo princípio basilar da contemporaneidade dos direitos humanos.

O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado, segundo Sarlet<sup>19</sup>, valor-referência da Constituição, podendo ser visualizado como o “catalisador (dando o tom de fundamentabilidade a uma posição jurídica) de todos os direitos fundamentais materiais”. E como a catálise implica a modificação de uma reação, em que um dos elementos (o catalisador) não se altera no processo, “todos os direitos fundamentais materiais exteriorizam-se pela dignidade da pessoa humana – ainda que não de forma exclusiva - tornando-se indissociáveis da mesma”.



Segundo Mazzuoli<sup>20</sup>, o “verdadeiro núcleo de todos os demais direitos fundamentais do cidadão, através do qual todas as pessoas devem ser tratadas e julgadas de acordo com seus atos, e não em relação a outras propriedades suas, não alcançáveis por eles”.

Uma das principais dificuldades, todavia conforme a lição de Michael Sachs<sup>21</sup> reside no fato de que a dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal.

Ressaltando o altivo valor da dignidade no entrelaçamento das relações humanas como valor supremo, disciplina Canotilho e Moreira<sup>22</sup> que:

(...) o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana a defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-se nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir “teoria do núcleo da personalidade” individual, ignorando quando se trate de garantir as bases da existência humana.

Assim, há que se reconhecer que o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa incumbida a todos os órgãos estatais.

Por fim, dentre as funções exercidas pelo princípio da dignidade humana, assevera-se, pela sua majestosidade, o fato de ser, simultaneamente, elemento que confere unidade de sentido além de legitimidade para determinada ordem constitucional<sup>23</sup>.

Assim, cientes que a análise ora posta prescinde de uma evolução histórica, passemos a uma breve descrição do histórico das principais medidas afirmativas no contexto internacional e nacional.

Asseveram que na Índia houve a introdução de um sistema de cotas que



visava amparar as “classes atrasadas”, denominadas “os dalits” – intocáveis – visando garantir-lhes o acesso a empregos públicos e ao ensino superior. Entretanto, há um reconhecimento praticamente unânime de que as ações afirmativas têm seu escopo histórico balizado pela cultura americana. Foi em meados do século XX, que elas, no sistema americano, passaram a ocupar lugar de destaque na estrutura político-jurídica dominante à época reconhecidamente caracterizada pela época do ápice dos “movimentos negros do período de Martin Luther King”.

Pode-se dizer que, nesse período, as ações afirmativas caracterizaram-se precipuamente pela exigência na formação de um mercado de trabalho que oportunizasse recrutamento de mão de obra qualificada não só nas comunidades brancas, mas também nas negras, e no reconhecimento de promoções aos trabalhadores negros.

Contudo, as políticas públicas dessa época já não se ativeram somente ao âmbito do mercado de trabalho, mas também à possibilidade de acesso ao ensino superior e aos contratos firmados com o Estado (governamentais).

A atual noção das políticas afirmativas nesse sistema americano se refere a um programa de políticas públicas ordenado pelo Executivo ou pelo Legislativo, ou instituído por empresas privadas para garantir a ascensão de minorias étnicas, raciais e sexuais.

Sob uma visão retrospectiva do sistema brasileiro, mais especificamente da Constituição Federal de 1988, podemos extrair alguns instrumentos constitucionais caracterizadores das políticas afirmativas de caráter geral<sup>24</sup>.

Observa-se que o constituinte originário incluiu na essência desses dispositivos verdadeiros mandamentos de concretização dessas políticas, os quais se apresentam como importantes mecanismos ético-pedagógicos que evidenciam o respeito às diversidades, sejam elas raciais, étnicas, culturais, de classe, opção sexual, etc.

No entanto, dada a importância do assunto, cumpre, nesse sentido, ressaltar que também em nível internacional existem mecanismos de igual relevância, muitos desses, anteriores a nossa realidade, mas que não se constituem no foco principal deste<sup>25</sup>.

Ainda há que se ressaltar, por fim, uma das dimensões mais angustiantes da questão a que essa pesquisa se refere, com reflexos inevitáveis nesta seara, qual seja a questão das discriminações.

### **3 Discriminações: aspectos positivos e negativos**

Domingues<sup>26</sup> ressalta que, ao se falar em igualdade na Constituição, está-se dizendo duas coisas ao mesmo tempo: por um lado, impede-se o tratamento desigual e por outro se impõe ao Estado uma ação positiva no sentido de criar condições de igualdade, o que necessariamente comina um tratamento desigual dos indivíduos. Nessa órbita, não é ilegal a discriminação positiva, com o objetivo de criar melhores condições para um determinado grupo, tradicionalmente desprivilegiado dentro da sociedade.

Assim, como se pode deslumbrar do parágrafo anterior, é prudente que se faça a distinção quanto ao conteúdo do termo discriminatório lato sensu. Nas palavras de Melo<sup>27</sup>,

discriminação é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos políticos, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

Entretanto, é oportuno esclarecer que embora o conteúdo do termo discriminação encerre, normalmente, um caráter ilícito, às vezes, tal princípio, em seu sentido formal, pode adquirir um caráter despojado, visto que, sem sombra de dúvida, existirão situações nas quais as discriminações justificarão sua implementação. Em outras palavras, em alguns casos, admitir-se-ão situações discriminatórias em face da natureza específica a que se destina tal medida.

Diante do exposto, nos deparamos com o reconhecimento da existência de medidas discriminatórias de efeitos positivos, denominadas de formas legítimas de discriminações.

Ao lado dessa forma legítima de discriminação, o Direito Americano e o



Direito Europeu reconhecem tal medida, denominando-as de positivas, para os últimos ou de ações afirmativas, para os primeiros. Tais discriminações, independentemente da tipologia utilizada, encerram na sua essência, o objetivo de estabelecer políticas, públicas ou privadas, distributivas e restauradoras voltadas à efetivação da igualdade material, ou seja, objetiva-se uma medida política capaz de impedir a utilização da aceção formal da igualdade no manejo da consagração das desigualdades sociais.

Assim sendo, colacionamos para fins de esclarecimentos a classificação apresentada quanto à tipologia das discriminações, ou seja, têm-se as discriminações intencionais implícitas – quando despidas de um caráter ostensivo – e as discriminações não-intencionais apresentadas por Gomes<sup>28</sup> como sendo as discriminações de fato, dissociadas de um objetivo explícito ou implícito excludente, mas precipuamente caracterizadas como uma forma de discriminação inconsciente, isto é, em face da falta de políticas públicas e privadas de inclusão social, as desigualdades passam a integrar naturalmente o cotidiano da sociedade.

Assim, segundo Gomes<sup>29</sup>, comentando o conteúdo da obra de sua própria autoria, diz que

A igualdade em nosso sistema jurídico, prevista como direito, foi tomando o contorno de princípio constitucional, conquistando maior importância e hoje deve servir de baliza das políticas públicas. Após as revoluções socialistas se incorporou, definitivamente, ao seu significado a necessidade de igualdade real, material entre as pessoas e não somente a proibição e não-discriminação.

Em relação às ações afirmativas como instrumento para a promoção da igualdade real, as primeiras vozes divergentes também já se fazem soar. Há os que argumentam que elas são discriminação ao contrário, que nos EUA já estão superadas, que não consideram o mérito das pessoas nos processos competitivos dentre outros.

O Supremo Tribunal Federal ainda não teve a oportunidade de se manifestar sobre o assunto já que a primeira ação proposta no caso do Rio de Janeiro não foi julgada por perda de objeto, por ter havido alteração legislativa antes de seu julgamento.

Dito isso, é possível inferir-se desse comentário que o referido autor observa com muita propriedade que, ainda nesse ambiente, muitas disputas judiciais serão geradas, tornando-se, pois, imprescindível um trabalho conjunto do legislador, intérpretes, operadores do direito em geral, além da sociedade como um todo, para a adoção de medidas voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade

material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial.

No presente contexto fático, é razoável supor que as medidas já adotadas pelo legislador no que tange às ações afirmativas de gênero e raça são necessárias para a tão propalada igualdade material.

Para a sua eficácia restauradora, no entanto, dependerá mais do que da sua mera adequação, ou seja, ficará na dependência de uma redefinição do conceito de igualdade e, por que não dizer, do conceito de tolerância, em especial dos membros majoritários a quem as medidas possam soar como limitadoras do princípio da igualdade formal.

A questão crucial e de maior relevância quando do implemento de ações afirmativas estipulatórias de cotas diferenciadoras para ingresso ao ensino superior, em favor não só da comunidade negra mas também de grupos socialmente desfavorecidos, devem pautar-se na necessidade imperiosa de autoquestionamentos, se e quando estabelecermos cotas em razão da cor, exemplificativamente, não estaremos combatendo uma injustiça sob o manto de criação de outra, pois a razão que assiste aqueles que procuram combater às diferenças socioeconômicas entre brancos e negros não pode gerar uma suspensão, ainda que temporária, do sistema de ingresso na universidade baseado no mérito do candidato.

Aliás, em momento algum, pode-se reconhecer que o critério de aferição do mérito do vestibulando, nos moldes atuais, seja capaz de auferir tão-somente sua capacidade pessoal, uma vez que o atual exame de vestibular mede, mais freqüentemente, a qualidade do ensino posto à disposição dos alunos, às condições de aprendizagem, etc. Muito mais do que o mérito do candidato, esse vestibular, nesses moldes que aí se apresenta, mede o mérito do sistema escolar, do sistema social e da desigualdade de oportunidades, razão pela qual, na maioria das vezes, o processo seletivo das universidades públicas seleciona os estudantes advindos de escolas privadas e das classes potencialmente mais abastadas.

#### **4 Um exemplo de implementação digno de reconhecimento**

No Rio Grande do Sul, temos um exemplo muito interessante advindo de



uma pesquisa realizada com base no sistema adotado pela Universidade Estadual do Rio Grande do Sul (UERGS). Essa Universidade reserva 50% de suas vagas a candidatos economicamente carentes e 10% para candidatos portadores de deficiências. Esses candidatos participam do exame vestibular em igualdade de condições com os demais inscritos e, somente na etapa posterior, que os selecionados concorrem entre si, respeitando o limite do percentual das vagas reservadas<sup>30</sup>.

Dessa maneira, centenas de candidatos, que se enquadram nos parâmetros estabelecidos, oriundos, quase que na sua totalidade, de escolas públicas, que não atingiriam o ensino superior por meio dos métodos tradicionais, têm ingressado na UERGS.

E o mais interessante é que a pesquisa referida concluiu que o desempenho acadêmico atingido pelos ingressantes na UERGS pelo sistema das ações afirmativas foi equiparável ao desempenho daqueles que não participaram de tal sistema<sup>31</sup>.

Ademais, deve ser ressaltado o desempenho em relação à natureza do curso, eis que nas áreas das Ciências Exatas, notou-se um rendimento pouco inferior ao das Humanas, o que talvez possa ser explicado, devido ao fato das primeiras aproveitarem conhecimentos advindos do ensino fundamental, que certamente não podem ser comparados com o ensino ministrado nas escolas privadas. Ao revés, tais alunos demonstraram desempenho acima da média nas áreas das Ciências Humanas, o que tem sido hodiernamente valorizado pelo mercado de trabalho.

Um outro aspecto relevante da pesquisa que merece ser apreciado diz respeito à permanência e à evasão. O estudo demonstrou que 80% dos ingressantes pelo sistema ainda continuam ativos, enquanto que os não participantes atingem um patamar de 86% de permanência na universidade<sup>32</sup>.

O que se pode concluir da explanação acima apresentada é que a experiência dessa medida, já concretizada, mostra-nos que, apesar da resistência daqueles que vêm nesse sistema a inconstitucionalidade absoluta, os resultados por si sós são capazes de derrubar essa argumentação, tamanho é o sucesso que vem sendo alcançado por tal instituição.

### **Considerações finais**

Tendo em conta a magnitude do tema e as suas múltiplas implicações e desdobramentos, temos plena consciência de que neste breve ensaio tivemos apenas condições de discorrer sobre alguns aspectos que reputamos essenciais à compreensão das relações concernentes ao princípio da igualdade na Constituição Brasileira e sua aplicabilidade nas ações afirmativas, no que tange ao ingresso no ensino superior, já que substancial parcela da população brasileira vive à margem do progresso, sem acesso à cultura universitária, estando distantes de conquistar uma profissão e uma condição social com a respectiva qualidade de vida.

No intuito de contribuir para a transformação desse quadro, foi que a presente pesquisa inicialmente demonstrou a conceituação do princípio da igualdade, sua importância e sua localização no texto constitucional, justamente por ser nesse princípio que as ações afirmativas de reservas de vagas se embasam.

Assim, evidenciamos, para além da compreensão da sua perspectiva jurídico-normativa, que é possível se retirar duas interpretações do referido princípio, quais sejam, a formal e a material. Porém, o objeto desse estudo ficou adstrito a essa última que postula uma igualdade real, efetiva, entre todos os homens, perante os bens da vida.

Na seqüência, também destacamos, sob a ótica de alguns autores, a conceituação das ações afirmativas, apresentando, inclusive, um sucinto enquadramento espaço-temporal dessas políticas.

Asseverou-se, ainda, a existência de duas matrizes teóricas no que tange às ações afirmativas: uma se denomina justiça compensatória, que é caracterizada como política ou programa público ou privado, que objetiva conceder benefícios às minorias sociais, em face de discriminações negativas passadas, e outra que se fundamenta na justiça distributiva, isto é, baseada na equidade da redistribuição de encargos e benefícios sociais.

Ao analisarmos o princípio da igualdade, confrontando-o com as denominadas ações afirmativas de inserção educacional, utilizamo-nos ainda dos princípios da proporcionalidade e da dignidade humana, como suportes constitucionais



para a implementação de políticas de ações afirmativas, demonstrando-se a impossibilidade dessa dissociação.

Destacou-se que o princípio da dignidade da pessoa humana adquiriu na ordem constitucional brasileira a condição privilegiada de princípio e valor fundamental, que não exclui uma dimensão subjetiva, no sentido de que a dignidade da pessoa pressupõe e exige um complexo de direitos e deveres fundamentais da pessoa.

Situando-nos já na seara das ações afirmativas, destacamos aqui, uma breve evolução histórica do referido instituto, bem como citamos exemplos de aplicação do princípio da não-discriminação na seara dos Direitos nacionais e internacionais.

Para além disso, tivemos oportunidade de demonstrar que não é inconstitucional a discriminação positiva, desde que o objetivo seja o de criar melhores condições para um determinado grupo, tradicionalmente desprivilegiado dentro da sociedade.

Portanto, resulta evidente que as ações afirmativas são aplicações concretas do princípio da igualdade, tal como já salientado, não se restringem às dimensões referidas. Todavia, é salutar que se as perspectivas apontadas forem bem compreendidas e exploradas em todas as suas possíveis manifestações, estaremos seguramente um pouco mais próximos de uma proteção e promoção mais eficaz e efetiva não apenas do princípio da igualdade, como também da dignidade na sua condição de princípio jurídico fundamental, e como valor próprio e distintivo da pessoa humana.

Assim, conforme salientado na introdução do presente estudo, não se busca aqui extrair conclusões definitivas acerca do tema, dada a sumariedade da pesquisa realizada e sua complexidade, ainda o considerando apenas sob o aspecto doutrinário, já que, infelizmente, pouco se tem debatido a respeito, no nível de Legislativo. Ademais, dada a importância que o tema encerra, urge a necessidade de que as universidades permitam-se inovar nessa seara, a exemplo da UERGS.

Certamente, alguns pontos restarão em aberto, não podendo sequer serem tangenciados pelo estudo ora apresentado. Resta-nos, portanto, apenas enfatizar o intuito primordial desse trabalho no que concerne à aplicação do princípio da igualdade,



as ações afirmativas como meio de ingresso ao ensino superior.

Daí a convicção do grandioso desafio, pois essa visão transformadora perpassa muitos obstáculos, já que a inclusão no ensino universitário daqueles menos favorecidos pressupõe transformações sociais, engajamento da comunidade, das autoridades públicas e, principalmente, de projetos de inclusão social como aquele aplicado pela UERGS, que realmente efetiva os direitos fundamentais. Não há dúvida, portanto, de que há a necessidade de uma mudança radical de paradigma, cuja efetivação constitui-se numa grande caminhada, que está apenas começando.

No mundo globalizado em que vivemos, é mister que se reconheça a humanização do processo ora discutido. O acesso e a permanência das pessoas menos favorecidas no ambiente universitário representam muito mais que a garantia do direito à educação a essa parcela da população, significam, outrossim, o rompimento com uma história de exclusão social.

Esperamos, com este breve ensaio, conscientizar as pessoas de que, independentemente da origem, da raça e da condição socioeconômica, todos somos iguais em dignidade e que o tão sonhado caminho para a paz social somente se dará quando todos forem tratados com igualdade, especialmente no que diz respeito ao acesso universitário.

Por conseguinte, nos é possível concluir que a observação do sistema de cotas ao acesso do ensino universitário se constitui em uma política pública que se coaduna com os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, e que, onde implantada, tem-se revelado extremamente eficaz, pois centenas de candidatos desfavorecidos economicamente, oriundos quase que em sua totalidade de escolas públicas, que não atingiriam o nível superior através dos padrões convencionais, têm tido uma oportunidade de uma expectativa de ascensão social e profissional.

### **Referências**

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.



BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

CASHMORE, Ellis. *Dicionário de relações étnicas e raciais*. São Paulo: Summus, 2000.

DOMINGUES, Petrônio José. *Racismo e anti-racismo na USP*. *Jornal da USP*, 2 a 8 de junho de 2003, ano XVIII. n.º. 644.

FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ed. da USP, 1973.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.

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

GUIMARÃES, Sérgio Alfredo. *Racismo e anti-racismo no Brasil*. São Paulo: Ed. 34, 1999.

LUNO, Antonio Enrique Pérez. *Dimensiones de la igualdad*. Editorial DYKINSON. Madrid: 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos & cidadania*. Campinas: Minelli, 2002.

MELO, Mônica de. Convenção sobre todas as formas de eliminação de discriminação contra a mulher e convenção para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. In: *Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade*, 1998, p. 371 – 404.

OLIVEIRA, C.; MATOS, J. Da L.; SILVA, S. Ações afirmativas em universidades públicas: o caso da universidade estadual do Rio Grande do Sul. In: GORCZEVSKI, Clóvis (Org.). *Direito & educação*. Porto Alegre: UFRGS, 2006, p. 255-270.

PASOLD, Luiz César. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. 5.ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 555-599.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10 ed. São Paulo: Revista, 1995.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

---

<sup>3</sup>FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ed. da USP, 1973, p. 264-265.

<sup>4</sup>SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10 ed. São Paulo: Revista, 1995, p. 218.

<sup>5</sup>LUNO, Antonio Enrique Pérez. *Dimensiones de la igualdad*. Editorial DYKINSON. Madrid: 2005, p. 17.

<sup>6</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.188.

<sup>7</sup>Ibidem, p. 16.

<sup>8</sup>SILVA, Ibidem, p.206.

<sup>9</sup>GOMES, Ibidem.

<sup>10</sup>Ibidem.

<sup>11</sup>GUIMARÃES, Sérgio Alfredo. *Racismo e anti-racismo no Brasil*. São Paulo: Ed. 34, 1999. p. 154.

<sup>12</sup>CASHMORE, Ellis. *Dicionário de relações étnicas e raciais*. São Paulo: Summus, 2000, p. 31.

<sup>13</sup>GOMES, op. cit., p. 7.

<sup>14</sup>FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 30 -31.



<sup>15</sup>BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 531.

<sup>16</sup>BONAVIDES, *Ibidem*, p.360.

<sup>17</sup>*Ibidem*, p. 386.

<sup>18</sup>STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 149.

<sup>19</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 102.

<sup>20</sup>MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos & cidadania*. Campinas: Minelli, 2002, p.62.

<sup>21</sup>SACHS, Michael *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 558.

<sup>22</sup>CANOTILHO; MOREIRA *apud* SILVA, de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 109.

<sup>23</sup>SARLET, *Ibidem*, p. 581-582.

<sup>24</sup> Lei nº. 7.668 de 22 de agosto de 1988, que instituiu a Fundação Cultural Palmares, vinculada ao Ministério da Cultura, tendo o seu estatuto sido aprovado pelo Decreto nº. 418, de 10/01/92; Lei nº. 9.125 de 07 de novembro de 1995, que instituiu aquele ano como o ANO ZUMBI DOS PALMARES; em 02 de julho de 1996, tivemos a edição do “Seminário Internacional: Multiculturalismo e Racismo: O Papel da Ação Afirmativa nos Estados Democráticos Contemporâneos, patrocinado pelo Ministério da Justiça”; em 20 de novembro de 1997 (Dia Nacional de Valorização da Consciência Negra), houve a entrega solene pelo Ministro Raul Jungmann de títulos de propriedade aos integrantes das comunidades negras remanescentes dos quilombos; a Lei nº. 9.649, de 27 de maio de 1998, criou o Conselho Nacional de Combate à Discriminação - CNCD, no âmbito do Ministério da Justiça; em 01 de junho de 2000, por meio da Portaria nº. 604, o Ministério do Trabalho instituiu, no âmbito das Delegacias Regionais do Trabalho, os Núcleos de Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Combate à Discriminação, encarregados de coordenar ações de combate à discriminação em matéria de emprego e profissão; em dezembro de 2000, o Brasil participou da Pré-Conferência Regional das Américas, no Chile, e logo em seguida realizou várias Pré-Conferências Regionais em todo o País, organizadas pela Fundação Cultural Palmares e pelo Ministério da Cultura, com representantes do Movimento Negro, da sociedade civil, acadêmicos, cientistas sociais, parlamentares e gestores públicos, as quais desencadearam a iniciativa de criação de Políticas de Ações Afirmativas; Lei nº. 10.172 de 09 de janeiro de 2001, que instituiu o Plano Nacional de Educação, o qual estabelece a necessidade de políticas de inclusão de minorias étnicas; em 04 de setembro de 2001, o Ministério do Desenvolvimento Agrário, por meio da Portaria nº. 202, instituiu um Programa de Ações Afirmativas, Raça e Etnia, que tratava da reserva das vagas dos servidores contratados por concurso, dos cargos comissionados e dos empregados em empresas prestadoras de serviços ao ministério, estipulando o percentual de 20% das vagas para negros, 20% para mulheres e 5% para pessoas portadoras de deficiência; em 19 de dezembro de 2001, ao discursar na cerimônia de entrega do Prêmio Nacional dos Direitos Humanos, o Presidente Fernando Henrique Cardoso defendeu abertamente a adoção de políticas afirmativas no Brasil; o STF, em 21 de dezembro de 2001, criou reserva de 20% das vagas para negros, 20% para mulheres e 5% para pessoas portadoras de deficiência no programa de adoção de cotas para negros, mulheres e portadores de necessidades

especiais nas empresas prestadoras de serviço ao STF; igualmente, o Ministério da Justiça, por meio da Portaria nº. 1.156/01 estabeleceu reserva de 20% das vagas para negros, 20% para mulheres e 5% para pessoas portadoras de deficiência. Em dezembro de 2001, o Ministério da Justiça anunciou a adoção do sistema de cotas, nos moldes do iniciado pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário, cabendo ao Conselho Nacional de Combate à Discriminação criado pelo Ministério da Justiça, a supervisão desse sistema; Decreto presidencial nº. 4.228, de 13 de maio de 2002, instituiu o Programa Nacional de Ações Afirmativas; em 13 de maio de 2002, foi lançado o Plano Nacional de Direitos Humanos II; Nesse mesmo ano, o Ministério da Educação lançou o Programa Diversidade da Universidade (MP nº. 63/2002) e a UNB - Universidade de Brasília estudou a possibilidade de reserva de 20% das vagas para estudantes negros. Proposta em discussão no Conselho Universitário previu a destinação de 20% das vagas no vestibular e no PAS (Programa de Avaliação Seriado) para negros, entre outros tantos.

<sup>25</sup>Citamos como exemplos de aplicação do princípio da não-discriminação na seara dos Direitos Internacionais, os seguintes diplomas: Convenção relativa à luta contra a discriminação no campo do ensino; Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher; Convenção Européia de Direitos Humanos; Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Convenção da OIT sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, de 1958; Convenção da UNESCO contra Discriminação na Educação, de 1960; Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos; Declaração Universal dos Direitos Humanos; Pacto dos Direitos Civis e Políticos; Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais;

<sup>26</sup>DOMINGUES, Petrônio José. *Racismo e anti-racismo na USP*. Jornal da USP 2 a 8 de junho de 2003, ano XVIII. nº. 644.

<sup>27</sup>MELO, Mônica de. Convenção sobre Todas as Formas de Eliminação de Discriminação Contra a Mulher e Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher. In: *Direitos humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade*, 1998, p. 371 – 404.

<sup>28</sup>GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2001, p. 6.

<sup>29</sup>Ibidem, p. 7

<sup>30</sup>OLIVEIRA, C.; MATOS, J. Da L.; SILVA, S. Ações afirmativas em universidades públicas: o caso da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul. In: GORCZEWSKI, Clóvis (Org.). *Direito & educação*. Porto Alegre: UFRGS, 2006, p. 256.

<sup>31</sup> Ibidem, p. 266.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 268.

