



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

EDVANILDO ANDRADE DA SILVA

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A CONSTITUCIONALIDADE DAS
AÇÕES AFIRMATIVAS E DA POLÍTICA NACIONAL DE COTAS

SOUSA - PB
2010

EDVANILDO ANDRADE DA SILVA

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A CONSTITUCIONALIDADE DAS
AÇÕES AFIRMATIVAS E DA POLÍTICA NACIONAL DE COTAS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Esp. Leonardo Figueiredo de Oliveira.

SOUSA - PB
2010

EDVANILDO ANDRADE DA SILVA

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A CONSTITUCIONALIDADE DAS AÇÕES
AFIRMATIVAS E DA POLÍTICA NACIONAL DE COTAS

Trabalho monográfico apresentado ao
Curso de Direito do Centro de
Ciências Jurídicas e Sociais da
Universidade Federal de Campina
Grande, como exigência parcial da
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Leonardo Figueiredo

Banca Examinadora

Data de aprovação: _____

Orientador: Prof. Leonardo Figueiredo

João de Deus Quirino Filho

Vanina Ferreira Oliveira

SOUSA

2010

A Deus, responsável e presença constante em todas as nossas conquistas. À minha dedica mãe, que se esforçou integralmente na educação de seus filhos e que, juntamente com meu pai, esforçou-se para nos propiciar uma formação de qualidade, pautada no amor e no respeito.

Dedico.

AGRADECIMENTOS

A minha família pelo estímulo e incentivo transmitido ao longo do curso.

Aos amigos que contribuíram de forma direta e indireta para esta realização.

Aos professores de toda uma vida letiva, amigos que permitiram usufruir de seus conhecimentos.

Ao professor Leonardo pela orientação e amizade.

A Deus por colocar todas estas pessoas no meu caminho, pela saúde e pelos ensinamentos desta vida.

Cidadania não combina com desigualdade. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação. E, no entanto, no Brasil que se diz querer republicano e democrático, o cidadão ainda é uma elite, pela multiplicidade de preconceitos que subsistem (...).

Carmem Lúcia Antunes Rocha

RESUMO

Este estudo tem por objetivo oferecer uma análise sobre políticas de ação afirmativa e sistemas de cotas no Brasil, sua constitucionalidade ou não. A política de cotas é, geralmente, discutida no Brasil a partir de sua aceitação ou rejeição. É importante compreendê-la, contudo, em seus diversos fatores, em especial pelos seus aspectos jurídicos e sociais, bem como sobre sua fundamentação legal. O presente artigo tem por propósito apontar as ações afirmativas, e, por conseguinte a política de cotas, como forma de promover a igualdade de grupos isolados socialmente ou economicamente e analisar a legitimidade e a justiça desse tipo de ação. Para tanto fizemos um estudo preliminar acerca do termo princípio, e do princípio da igualdade em si, para logo em seguida abordarmos sobre a constitucionalidade ou não dessas políticas, e por fim um breve estudo sobre os dois modelos de cotas que mais tem atraído a atenção não só do meio jurídico, mas da sociedade como um todo, cotas para negros e para estudantes egressos da rede pública de ensino nas universidades públicas. No que tange aos princípios e ao princípio da igualdade apontamos para uma superioridade destes, bem como para uma interpretação em seu sentido material. Por fim concluímos pela constitucionalidade das ações afirmativas e da política de cotas, contudo não devem ser aplicadas de maneira aleatórias, deve-se observar em sua aplicação valores jurídicos e constitucionais protegidos por nosso ordenamento. Apontamos ainda para uma política de cotas que reúna aspectos econômicos, sociais e raciais. Finalmente, ainda que estas políticas sejam importantes para estimular o ingresso de determinados grupos, antes excluídos, a determinados segmentos da sociedade, na promoção de uma igualdade real, ressaltamos que essas medidas não devem ser as únicas e não exclui a adoção de outras.

Palavras-chave: princípio da igualdade, ações afirmativas, constitucionalidade.

ABSTRACT

This study aims to provide an analysis on affirmative action and quota systems in Brazil and its constitutionality. The quota policy is usually debated in Brazil from its acceptance or rejection. It is important to understand it, however, in its various factors, especially their legal and social aspects as well as on its legal foundation. The purpose of this paper is to point out the affirmative action, and therefore the policy of quotas as a means of promoting equal socially or economically isolated groups and analyze the legitimacy and justice of such action. To this end we made a preliminary study about the term principle and the principle of equality itself, for soon after we address the constitutionality or otherwise of these policies, and finally a brief study of the two models of quotas that has attracted more attention not only the legal community, but society as a whole, and quotas for black students graduating from public schools in public universities. With regard to the principles of equality and the principle point to a superiority of these, as well as an interpretation in its material sense. Finally we conclude the constitutionality of affirmative action and quota policies, however, should not be applied in a random manner, it should be noted in your application legal and constitutional values protected by our legal system. Still aim for a quota policy that brings together economic, social and racial backgrounds. Finally, although these policies are important to stimulate the entry of certain groups, previously excluded, certain segments of society, the promotion of true equality, we note that such measures should not be the only and does not preclude the adoption of others.

Keywords: principle of equality, affirmative action, constitutionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 NOÇÕES DE PRINCÍPIOS	12
2.1 CONCEITOS DE PRINCÍPIOS.....	12
2.2 DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS.....	14
2.3 COLISÕES ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS.....	16
2.4 FUNÇÃO E IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS.....	18
3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE: ANOTAÇÕES HISTÓRICAS, CONCEITOS E ASPECTOS JURÍDICOS	20
3.1 BREVE RELATO HISTÓRICO.....	20
3.2 DEFINIÇÃO DE IGUALDADE.....	22
3.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	23
3.4 ASPECTOS JURÍDICOS DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E SEU CARÁTER RELATIVO.....	25
3.5 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988.....	28
4 AÇÕES AFIRMATIVAS E POLÍTICA NACIONAL DE COTAS	31
4.1 CONCEITO DE AÇÕES AFIRMATIVAS.....	32
4.2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS.....	33
4.3 POLÍTICA NACIONAL DE COTAS.....	35
4.4 DAS COTAS PARA NEGROS E ALUNOS DA REDE PÚBLICA.....	38
5 CONCLUSÃO	42
6 REFERÊNCIAS	45

1 INTRODUÇÃO

A Declaração de Independência Americana, em 1776, trouxe pela primeira vez a fórmula: “todos os homens são criados livres e iguais”. A partir daí, a maioria das constituições democráticas, inclusive a nossa, consagram o princípio da igualdade no rol de seus direitos fundamentais.

Contudo, ainda vemos uma longa distância entre os enunciados que postulam a igualdade e os fatos em si. Buscam-se hoje meios para dar efetividade a estas normas. Neste contexto, surgem as ações afirmativas.

Mesmo contendo a finalidade legítima de concretizar a igualdade, estas políticas públicas geram grandes polêmicas, os críticos costumam alegar uma ofensa ao próprio princípio da igualdade.

A educação, consagrada em nossa Constituição como direito fundamental, considerada serviço público essencial, deve ser entendida como o direito ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, como preparo ao exercício da cidadania. Previsto no capítulo III da Constituição Federal de 1988 e regulamentado pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, o direito à educação é alvo, constantemente, de questionamentos e críticas, vez que se observa à intensa deteriorização do ensino público. Quando o assunto é o acesso ao ensino superior e a reserva de vagas nas instituições públicas de ensino, a discussão é ainda mais calorosa, pois envolve, entre outras o questionamento de diversos direitos e princípios consagrados.

Com o objetivo, pois de democratizar o acesso ao ensino superior, várias instituições públicas de ensino superior vêm adotando o sistema de cotas para negros, pardos, índios e alunos oriundos de rede pública de ensino, este sistema tem se apresentado em evidência nas instituições de ensino, públicas e privadas, bem como têm sido pauta constante nas discussões de sociólogos da educação, operadores do direito, e da sociedade como um todo.

Além dos debates nos diversos setores da sociedade e na mídia, a questão foi levada à apreciação do Poder Judiciário. Nos diferentes estados onde houve a implantação do sistema de cotas, tramitam ações que buscam a declaração da inconstitucionalidade desse meio de ação afirmativa. Muito já se discutiu sobre as cotas: sua constitucionalidade, sua importância histórica, sua legitimidade ou não.

O presente trabalho se propõe a análise do princípio constitucional da igualdade frente às ações afirmativas, principalmente da política de cotas e da previsão de tratamentos jurídicos diferenciados na Constituição Federal, bem como da interpretação desse princípio em sua acepção material, de forma a tratar desigualmente os desiguais.

O objetivo primordial deste artigo é estudar as ações afirmativas, analisando a política de cotas para ingresso nas universidades públicas, buscando esclarecer a cerca da constitucionalidade das ações afirmativas e de sua importância para o meio social brasileiro.

A justificativa para este é a polêmica que envolve a adoção dessas medidas em nosso meio, principalmente no que se refere à política de cotas para vagas de negros e estudantes da rede pública em universidades, bem como procurar rechaçar o argumento de que muitos se valem para serem contrários a adoção destas – o de que tais medidas seriam inconstitucionais em face do princípio da igualdade e do “todos são iguais perante a lei”.

Como defesa do sistema de cotas, temos a assertiva de que a própria Constituição está a demonstrar a substancialidade do princípio da igualdade, como, por exemplo, no caso da reserva de vagas, em expressão percentual, dos cargos e empregos públicos para os deficientes físicos, determinada pelo art. 37, inciso VIII, da Constituição da República, sendo legítima, portanto, em face do contexto histórico, a compensação social também em benefício de outros grupos. Todavia, argumenta-se em sentido contrário à implementação do sistema de cotas, o óbice constitucional do princípio da igualdade.

Tem-se como finalidade mostrar que tal inconstitucionalidade dessas políticas não existe, que elas estão inteiramente de acordo com o princípio da igualdade, bem como todo ordenamento jurídico brasileiro, para tanto se limitou ao estudo da temática que envolve a constitucionalidade dessas, sem adentrar na celeuma que envolve as cotas no que tange a critérios, históricos e condições econômicas, partindo do estudo dos princípios, até o de ações afirmativas.

O método de abordagem utilizado neste trabalho monográfico foi o dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica em livros, periódicos, trabalhos científicos, utilizando-se técnicas de pesquisa bibliográfica. Dentro do ordenamento jurídico brasileiro nos amparamos na Constituição Federal.

Tem como importância levar ao conhecimento dos interessados no assunto, os conceitos e aspectos jurídicos que envolvem este, bem como demonstrar os benefícios sócias que sua adoção podem acarretar no nosso meio, e ainda a contribuição deste trabalho está no enriquecimento do debate em torno da discussão da política de cotas. Diretamente ligado à atualidade, o presente trabalho monográfico pretende contribuir efetivamente para a compreensão da discussão que vigora não só no Poder Judiciário, e Legislativo, mas em todo meio social, acerca da política de cotas.

Para tanto, dividiu-se o estudo em três capítulos. Partindo da conceituação do direito do que seja princípio, a diferença existente entre essas a as demais normas, bem como sua função e importância, a fim de expressar e deixar claro a supremacia que os princípios exercem num ordenamento jurídico. Em seguida faz se um estudo do princípio da igualdade mais especificamente, conceitos que envolvem este, um pouco de sua evolução, bem como seus aspectos jurídicos, verificando quais as regras e critérios adotados para escolha dos que são abrangidos por essa política de cotas, expressando ainda a disposição do princípio da igualdade dentro de nossa Constituição, isto com o objetivo de específico de demonstrar o seu caráter relativo. Por fim, trata-se do estudo das ações afirmativas, conceitos, histórico, fundamentos constitucionais destas e a política nacional de cotas, dando ênfase a um breve estudo das principais cotas que envolvem hoje a temática sobre o tema, cotas para negros e para alunos da rede pública, das possibilidades de inovação da realidade brasileira, aspectos culturais, econômicos, a legitimidade dessas.

2 NOÇÕES DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS

2.1 CONCEITO DE PRINCÍPIO

Convém, de início abordamos um pouco, sobre o conceito, significado da palavra princípio, já que este termo tem vários sentidos e possui grande importância tanto no conhecimento quanto na aplicação do direito, mister se faz pois a conceituação do termo princípio.

Analisando o termo princípio, fora do mundo jurídico podemos denotá-lo como sendo o momento em que algo ou alguma coisa tem início, começo, origem, se principia, algo que se relaciona a causas, alicerces, orientações de caráter geral, trata-se pois do começo ou origem de qualquer coisa.

O dicionário Aurélio define princípio como:

Princípio: 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem [...] 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na Constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei. 5. P. ext. Base; germe [...]. 6. Filos. Fonte ou causa de uma ação. 7. Filos. Proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável. São princípios os axiomas, os postulados, os teoremas etc.¹

Extraí-se, pois, que princípio seria o elemento anterior a qualquer outro num sistema de construções lógicas, e ainda que todo e qualquer outro elemento posterior deve-lhe estar subordinado.

Encerra, pois, os princípios toda essência de uma ciência seus parâmetros fundamentais, é neste que repousam as idéias mestras, e de onde se irradiam todas as demais idéias e pensamentos, intrínseco, singular a cada ciência, é pois o começo, a origem, o ponto de partida, aquilo que se tem como base, e que não se questiona.

Juridicamente o conceito de princípio não foge a estes, mas se acrescenta ainda algumas particularidades.

Para De Placido E Silva:

Princípio. É, amplamente, indicativo do começo ou da origem de qualquer coisa. Princípios. No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma [...]²

Celso Antonio Bandeira De Mello, corrobora que:

"princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.³

Sem embargo das citações, podemos dizer que nos princípios reside todo o conhecimento acerca de uma ciência, e que violar um princípio é atentar contra todo o sistema componente dessa ciência, é nos princípios ou a partir desses que se formam, onde esta se estrutura, e não seria diferente na Ciência Jurídica, objeto de nosso estudo, é nos princípios que a Ciência Jurídica e o próprio Direito se estruturam, mesmo que estes não estejam insculpidos em leis, visto que são anteriores as demais regras. Funcionam pois como base ao Direito, tidos como preceitos fundamentais para a aplicação do Direito e proteção dos direitos.

Os princípios seriam, pois, guias mestras, formas de orientação, se colocando numa posição superior de hierarquia, deve ser entendido como um valor fundante, originário do ordenamento jurídico.

De todas essas definições pode-se concluir que os princípios jurídicos possuem carga imperativa, ordenando, apontando para algo, indicando uma meta, são verdadeiros vetores, contendo ampla carga valorativa; são os próprios fundamentos de existência do ordenamento jurídico, irradiam-se por todos os ramos de conhecimento, inexoravelmente; são elementos indispensáveis para o processo de interpretação das normas, porque enche de significado a norma, dando-lhe compreensão, inteligência e harmonia; tem a função de organização da ciência.

Ocupam, pois, os princípios uma posição anterior e até mesmo superior às demais normas do Direito, e por isto vincula, subordina o entendimento e a aplicação das demais normas que com eles se comunicam. Podemos, ainda, dizer que os princípios seriam normas gerais que expressam valores, sendo ponte de referência para as demais regras que lhe sucedem, bem como seriam o elemento que preordena estes. Devem ser entendidos como uma opção de determinados valores em detrimento de outros tantos possíveis.

2.2 DISTINÇÕES ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Cumpre-nos agora, fazermos uma distinção entre princípios e regras. Existem várias distinções entre regras e princípios não existindo unanimidade, quanto a essa distinção, havendo autores que vejam princípios e regras como espécies de normas, e ainda outros que vêem princípios como leis, estejam ou não positivados em um texto. Mesmo com toda essa celeuma doutrinária, no que tange a regras e princípios, esboçaremos algumas breves linhas sobre as diferenças existentes entre estes, dando uma ênfase maior aos que vêem princípios e regras como espécies de normas, sem, por isso, deixar de apresentar diferenças entre eles.

Entre outros fatores apontados pela doutrina como diferenciadores dos princípios e regras, espécies de normas jurídicas, encontramos o caráter de fundamentalidade, o grau de abstração, bem como a posição hierárquica, o conteúdo, a maneira de incidência, entre outras tantas.

Vejam algumas dessas diferenças mas especificamente. Quanto ao grau de abstração princípios e regras distinguem-se, pois, possuem os princípios elevado grau de abstração, visto que não se vinculam a situações específicas nem descrevem comportamentos a serem seguidos, não se reportando pois a fatos específicos, enquanto as regras têm reduzida abstração, se reportando a fatos específicos e concretos; Quanto ao grau de determinabilidade, os princípios, são vagos e indeterminados, necessitam de mediação, do legislador ou do juiz, para serem efetivados, enquanto que as regras podem ser aplicadas diretamente; Segundo o Caráter de fundamentalidade, ocupam os princípios papel de fundamento no ordenamento jurídico, e ainda ocupam posição de supremacia na escala hierárquica, influenciando na elaboração de toda a legislação infraconstitucional, enquanto as regras não possuem esse caráter e apenas descrevem um determinado fato ou situação, estabelecendo condutas a serem adotadas, podemos dizer que as regras obrigam, proíbem ou permitem alguma coisa; De acordo com a proximidade da idéia de direito, os princípios seriam Standards ligados as exigências da própria justiça, enquanto as regras apresentam conteúdo meramente funcional; E por fim segundo a natureza normogenética os princípios situam-se como fundamento para as regras.

Alguns autores apontam como a principal distinção entre princípio e regras, o fato de que os princípios possuem alto grau de generalidade relativa, enquanto que as regras são de baixo grau de generalidade, daí dizer que os princípios possuem uma qualidade argumentativa superior, enunciam os princípios motivos para decidir num certo sentido, de acordo com certos valores.

O fato de que os princípios são normas qualitativamente distintas das regras de direito foi o fundamento para o professor alemão Robert Alexy construir sua tese de distinção entre eles, conforme assentou:

... o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios está em que estes últimos são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e materiais existentes. Logo, os princípios são mandamentos de otimização, cuja principal característica está no fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus e de a medida devida de seu cumprimento não depender exclusivamente das possibilidades materiais, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras em oposição.

As regras, ao contrário, são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então se há de fazer exatamente o que ela exige: nem mais, nem menos. Logo, as regras são determinações no âmbito do fática e juridicamente possível. Isso faz com que a diferença entre regras e princípios seja qualitativa e não de grau e que toda norma é uma regra ou um princípio.⁴

Apesar de comportarem exceções conclui-se que as regras contêm determinações, a serem cumpridas ou não, ou ela é cumprida ou não é cumprida. Os princípios não são mais amplos ou mais extensos que as regras, a diferença entre essas espécies reside no fato de que os princípios possuem uma estrutura normativa diferente das regras, pois estes não trazem determinações definitivas.

Antes de tentarmos diferenciar as regras e os princípios determinando se tal dispositivo é regra ou é princípio, devemos partir da idéia de que de um mesmo dispositivo legal pode ser extraído princípio ou regra ou ainda ambos, a depender da construção que se faz dele, deve-se sempre ter em mente que regras e princípios não se excluem, se completam, e por isso devem ser levados em consideração conjuntamente para a solução de qualquer questão. Por fim é preciso destacar que entre princípios e normas não há distinção, uma vez que os princípios são dotados de normatividade. Dessa forma, as normas compreendem regras e princípios, ou seja, as normas são o gênero, as regras e os princípios, espécies. É que os princípios encontram-se, inteiramente, nas regras que os aplicam, sem nunca se esgotarem em nenhuma delas.

Os princípios se reportam a valores, cujo conteúdo é bem mais amplo do que o das regras. Além do que, os princípios podem existir de forma implícita no sistema normativo, o que não é possível acontecer com as regras, que têm que estar expressas, e ainda a diferença marcante entre regras e princípios, portanto, reside no seguinte: a regra cuida de casos concretos, já os princípios norteiam uma multiplicidade de situações.

2.3 COLISÕES ENTRE PRINCÍPIOS E CONFLITO ENTRE REGRAS

Ocorre colisão entre princípios ou conflito entre regras quando a um mesmo fato podem ser aplicadas normas diferentes de uma ou mais leis, quando ocorrem estes ficam mais nítidas as diferenças entre princípios e regras, ocorre pois um único fato e existe uma pluralidade de normas (princípios ou regras) que o identificam. Quando isto ocorre entre princípios temos colisão de princípios, quando ocorre entre regras, temos conflito de regras, não há que falar em colisão de princípio com regras, visto que as regras operam a concreção dos princípios (são aplicação dos princípios).

Colisões e conflitos possuem em comum o fato de que duas normas, isoladamente aplicadas, podem levar a dois resultados distintos. O conflito entre regras pode ser resolvido através de uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou ainda pela nulidade de uma destas, diferentemente a colisão de princípios deve ser resolvida valorando aquele que tem precedência sobre o outro, sem ter que invalidar este.

As regras abordam um caso determinado, quando este ocorre, a norma tem incidência, quando não ocorre, não tem, vale a lógica do tudo ou nada. Quando duas regras colidem, fala-se em conflito, sendo que num caso concreto apenas uma será aplicável. O conflito entre regras deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação: lei posterior afasta a anterior (critério cronológico), a norma superior prepondera sobre a norma inferior (critério hierárquico), a lei especial derroga a lei geral (critério da especialidade), pode ocorrer ainda de um princípio entrar em ação para resolver o conflito entre duas regras.

Diferentemente do que ocorre com as regras a colisão entre princípios constitucionais não se resolve no campo da validade, mas no campo do valor. Ocorrendo determinada situação que seja proibida por um princípio, mas permitida por outro, não há que se cogitar em nulidade de um pela aplicação do outro. No caso concreto, determinado princípio terá maior relevância que o outro, preponderando. Ressalte que isto não quer dizer que o princípio que neste caso específico não preponderou tenha sido invalidado, por não ter sido aplicado a este caso específico, ele apenas recuo neste, frente a outro princípio de peso maior. Na resolução da colisão entre princípios constitucionais deve-se levar em consideração as circunstâncias que cercam o caso concreto, para que, desta forma prevaleça o preceito mais adequado.

Na solução de colisão de princípios, duas soluções vêm sendo utilizadas por nossos tribunais: o da concordância prática e o da dimensão de peso ou importância. Em ambas temos o uso do princípio da proporcionalidade, como um “princípio dos princípios”, de forma a preservar os princípios constitucionais em jogo. E ainda nada impede o uso das duas soluções sucessivamente em um mesmo caso, sempre tendo o princípio da proporcionalidade como “parâmetro”: primeiro, aplica-se a concordância prática; em seguida, não sendo possível a concordância, dimensiona-se o peso e importância dos princípios em jogo, sacrificando, o mínimo possível, o princípio de “menor peso”. Vejamos de modo mais detalhado o que vem a ser concordância prática e a dimensão de peso e importância e como se dá a aplicação destes.

Segundo o princípio da concordância prática os direitos e valores postos em questão deverão ser harmonizados no caso concreto, por meio de juízo de ponderação que vise preservar ao máximo os direitos e valores constitucionais protegidos. Havendo colisão entre valores constitucionais (p.e. liberdade de expressão e intimidade), o que se deve buscar é a otimização entre os direitos e valores em jogo por meio da atenuação de uma delas, no estabelecimento proporcional de uma concordância prática.

Não sendo possível a concordância prática faz-se uso do critério da dimensão de peso e importância. Num caso concreto quando se entrecruzam vários princípios, que podem ser aplicados a esse mesmo caso, para solução do conflito deve-se levar em conta o peso relativo que cada um deles possui no ordenamento jurídico, de forma a valorar qual o bem jurídico que o ordenamento, em seu todo, prefere

salvaguardar, de modo a conciliar os princípios em colisão, buscando uma composição de princípios, respeitando uma escala racional de valores e as especificidades de cada caso. Portanto, somente diante do caso concreto será possível resolver o problema da aparente colisão de princípios, através de uma ponderação de valores.

Conclui-se que, essas duas soluções (concordância prática e dimensão de peso e importância) podem e devem ser aplicadas conjunta e sucessivamente, sempre tendo o princípio da proporcionalidade como parâmetro. Ressaltando-se que o princípio que, num caso concreto poderá ser 'sacrificado', não deixa de ter seu alcance reduzido ou ainda que o princípio que prevaleceu não teve seu alcance ampliado, houve apenas, num caso concreto, a prevalência de um sobre o outro, segundo critérios de proporcionalidade e ainda de acordo com certos valores que tinha peso ou importância maior.

2.4 FUNÇÃO E IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS

Possuem os princípios grande importância no ordenamento jurídico desempenha os princípios função argumentativa possibilitando o desenvolvimento, a integração e a complementação do Direito, são pois multifuncionais.

A doutrina aponta três funções de grande importância, quais sejam: função fundamentadora, visto que assumem os princípios uma eficácia capaz de alterações essenciais no ordenamento e ainda funciona como diretriz deste mesmo ordenamento; função interpretativa, cumprem os princípios papel de orientar as soluções jurídicas que se encontram submetidas à interpretação; função supletiva realiza a tarefa de integração do direito, suplementando as lacunas ou as ausências de sentido regulador em regras ou princípios.

As funções permitem aos princípios assegurar a unidade da ordem jurídica, permitindo a integração e harmonia, bem como a atualização permanente do sistema jurídico positivo. Destaca-se a importância que ganhou os princípios após a passagem destes de mera fonte supletiva para fonte fundante de toda ordem jurídica. Assim sendo os princípios devem ser utilizados como fonte imediata do direito, podendo ser aplicados diretamente a todos os casos concretos.

A presença no ordenamento jurídico de determinados princípios, que mesmo não consagrados em um texto escrito, é de grande importância para qualquer ordenamento jurídico, visto que desempenham os princípios papéis de grande relevância no conhecimento e aplicação do Direito, por isto eles não podem ser valorados ou mesmo questionados, devem ser vistos como pertencentes ao mundo do Direito. Atuam na ordenação dos preceitos constitucionais segundo uma estrutura hierarquizada, e ainda, funcionam como diretrizes materiais de interpretação destes.

Servem os princípios de orientação ao juiz, não só no momento de proferir a sua decisão, mas também ao constituir um limite ao seu arbítrio, garantindo que a decisão não está em desacordo com o espírito do ordenamento jurídico, e que suas resoluções não violam a consciência social. Podem ou não estar previstos no texto legal, todavia, todos são positivados, na medida em que possuem vigência sociológica.

Os princípios seriam, pois, o traço unificador de todo direito, de onde as regras desse emergem, e ainda intrínseco a este, nos quais se concentram os valores essenciais, elemento anterior, determinante e subordinante das demais normas que a pressupõem, são estes pois que confere ao ordenamento jurídico uniformidade, identidade, é nos princípios que se encontram os fundamentos pra interpretação, integração, conhecimento e aplicação do Direito. Possuem os princípios uma objetividade que os dispensa de estarem consagrados em textos, cumprem pois a função de ordenação dos princípios constitucionais, funcionando como diretrizes materiais para interpretação desta e de todas as outras regras jurídicas, e não esqueçamos ainda que foram os princípios erigidos a espécie normativa dotada de obrigatoriedade e efetividade, e servindo como informadora e balizadora de todas as outras espécies normativas do ordenamento. Assim sendo, os princípios são normas descritivas, de onde resultam outras normas e que apontam objetivos a serem cumpridos pelo ordenamento jurídico. São o início da compreensão do ordenamento e, deles não está afastado o seu aspecto normativo que lhes confere obrigatoriedade e efetividade.

Em última instância, os princípios devem ser o condutor da justiça, trazendo para o mundo jurídico valores consagrados pela sociedade. Como característica de norma estruturante e o sentido material que carregam, diferentemente de meras regras de conduta, merecem ser vistos sob o ponto de vista axiológico e permear todo o Direito.

3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE: ANOTAÇÕES HISTÓRICAS, CONCEITOS E ASPECTOS JURÍDICOS

3.1 BREVE RELATO HISTÓRICO

Não é de hoje que se discute sobre o tratamento igualitário entre os seres humanos. Já na Grécia antiga, o filósofo Aristóteles, tinha esboçado algumas idéias sobre o tema, concluindo pela intimidade entre o justo e o igual, ensinando que o igual é o meio termo, ressalte que este pensamento foi tempo depois complementado por Ruy Barbosa, em celebre lição:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade os iguais, ou a desiguais com igualdade, seria flagrante desigualdade, e não igualdade real.⁵

A discussão sobre o tema estava apenas no começo, perdurou por muito tempo, e aliás dura até hoje, mas foi apenas a partir da Revolução Francesa, quando foram consolidados os direitos individuais, que a igualdade passou a ser tratada no campo político/jurídico e não somente no filosófico.

Vejam de forma reduzida a evolução histórica do princípio da igualdade até os dias de hoje. Didaticamente podemos dividir essa evolução em três fases, a primeira fase, onde a desigualdade predominava, era caracterizada por uma desigualdade assentada nas próprias leis, onde essas não revelavam nem resolviam as desigualdades, pelo contrário a legitimava-a era o tempo das timocracias, dos regimes despóticos, em que as leis asseguravam os privilégios e sedimentava a desigualdade; já na segunda fase todos eram iguais perante a lei, esta devia ser aplicada indistintamente aos integrantes da mesma classe social, caracterizou-se pela positivação do princípio da igualdade, a lei seria aplicada igualmente a quem sobre ela se encontrasse submetido, com o surgimento do liberalismo veio a ficar conhecida como igualdade formal, mas que desde o início se mostrou inábil na tarefa de efetivar a isonomia; numa terceira fase a igualdade consistiria em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade,

procurou-se, após o surgimento do Estado social, amenizar as desigualdades sociais, econômicas, culturais e outras que promovam discriminações injustas, tenta-se aqui garantir ao cidadão oportunidades de reparar injustiças, daqui surge à igualdade material que vem colocar em prática e complementar a igualdade formal.

Todas essas foram se adequando e efetivando o princípio da igualdade como um princípio basilar e a igualdade passou a fazer parte indissociável dos textos constitucionais, principalmente após as Revoluções do século XVIII, não se pode afastar a influência das Revoluções Francesa e Americana, assim Estados Unidos e França detém um pioneirismo e uma forte influência na consolidação e posituação do princípio da igualdade. Observa-se que o princípio da igualdade existe a mais de vinte séculos, desde os primeiros governos democráticos, entre os filósofos gregos. E durante este longo caminho oscilou entre uma igualdade perante a lei e não através dela, posteriormente vindo a sujeitar o próprio legislador, e atualmente possui um duplo entendimento, a igualdade na lei e perante a lei. Desde então o princípio da igualdade vem se mostrando presente em diversos dispositivos legais e gerando questionamentos em diversos ordenamentos, principalmente no tocante a sua aplicação.

No Brasil o princípio da igualdade esteve presente em todas as constituições, sempre se limitando a abordar o seu aspecto formal, apenas com o advento da Constituição Brasileira de 1988, o conteúdo jurídico do princípio da igualdade sofreu substancial modificação. Quis o legislador constituinte deixar claro o comprometimento da busca de uma sociedade mais justa e igualitária, intenção esta exposta desde o preâmbulo da nova Carta, ao assegurar "a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos", e em vários de seus artigos, como por exemplo o seu art. 3º, disposto num capítulo denominado objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, ao dispor:

"Construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, de raça, de sexo, de cor, de idade e quaisquer outras formas de discriminação."⁶

Portanto, o Brasil, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, levou em conta a busca pela redução de desigualdades como um verdadeiro princípio constitucional que deveria servir de baliza para todo o sistema, atingindo as atividades executivas, legislativa e judicial

3.2 DEFINIÇÃO DE IGUALDADE

Outro tema que se faz necessário a sua conceituação é o termo igualdade, a primeira vista pode até parecer simples e fácil, mas a tarefa é bem árdua, uma vez que essa expressão se confunde com outros valores como os de justiça e liberdade, e ainda, envolve diversos pontos de vista e particularidades, principalmente na sociedade contemporânea repleta de grupos e/ou classes sócias.

Igualdade é uma definição que extrapola os conceitos jurídicos, e ainda é muito mais do que à qualidade ou estado de igual. Observando o conceito de igualdade pelos diferentes ângulos percebe-se que esse conceito sofreu várias mudanças e evoluiu de idéias ao longo dos tempos.

Politicamente o termo igualdade reporta a ausência de diferenças de direitos e deveres. Durante o Iluminismo foi idealizada como uma realidade sem distinção jurídica entre as classes, hoje pode ser tida como a igualdade de direitos entre gêneros, classes, etnias, orientações sexuais etc..

A igualdade é uma norma que impõe tratar todos da mesma maneira, mas a partir desse conceito inicial, temos muitos desdobramentos e incertezas. Juridicamente, a igualdade deve ser entendida essencialmente sob dois diferentes conceitos: o da igualdade material e o da igualdade formal. O primeiro, a igualdade material, seria aplicação de tratamento equivalente a todos e também sua equiparação em relação às possibilidades de permissão de oportunidades. Já a igualdade formal, que em tese é o previsto no art. 5º da CF/88 que prescreve "igualdade de todos perante a lei". Essa igualdade aponta maior interesse ao presente estudo e aos juristas de modo geral e seria a identidade de direitos e deveres outorgados aos indivíduos de uma sociedade através dos textos legais, sendo que o preceito da igualdade da lei não é simplesmente a aplicação uniforme da norma, mas vem a afetar o legislador, proibindo-lhe conceder privilégios indiscriminadamente.

A igualdade formal decorre da letra da lei, e a material, se traduz como sendo a igualdade de fato, da concretização do que manda e quer a lei, em que se busca igualar os desiguais. O princípio da igualdade de direitos tem como finalidade a idéia de que todas as pessoas possuem direito de tratamento idêntico pela lei. Mas esse ideal admite exceções em sua interpretação, ao admitirem-se diferenciações. A

igualdade perante a lei é a igualdade formal, se dirige, diretamente, ao aplicador da lei, difere da igualdade na lei que se dirige ao legislador. Na primeira, o executor da lei deve aplicá-la, de acordo com os critérios da própria lei, já na segunda, o legislador, ao elaborar a lei, deve reger situações idênticas com disposições iguais.

Dizer que todos são iguais perante a lei não é dizer que se deva agir de forma única e simplista, significa exigir do Estado, dos aplicadores do Direito, que todos sejam vistos de maneira igualitária perante a lei, lembrando sempre que essa igualdade não é absoluta, mas relativa, pois a igualdade há de respeitar e até subordinar-se às diferenças existentes entre os destinatários da norma, o que leva à conclusão da inexistência da igualdade absoluta.

3.3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade está entre os princípios mais amplos e complexos, sendo estudado em diversas áreas, busca evitar privilégios além de funcionar como uma garantia contra discriminações, e ainda engloba uma infinidade de questões filosóficas, como o fato de alocar num mesmo conceito um número indefinido de indivíduos. Não aborda situações exatas indicando quando e de que maneira seria aplicado, o que nos leva a questionar qual seria a sua aplicação frente a um caso concreto.

Não há dúvida de que o princípio constitucional da isonomia é dirigido, tanto para o legislador quanto para o aplicador/intérprete. A igualdade deve se materializar perante a lei e na lei. Quando materializada na lei, significa que não contém fatores de discriminação, pelos menos que ofendam a isonomia. Quando expressa perante a lei, pressupõe-se que já há uma lei vigente, traduzindo-se na exigência de que o Executivo e o Judiciário devam aplicá-la sem lançar mão de critérios discriminatórios.

Vê-se que o princípio da igualdade formal permite que as pessoas, cada qual com seus próprios meios e condições construam suas oportunidades de crescimento, seja ele pessoal, profissional ou financeiro, uma vez que todos nascem iguais, e ainda, que o Estado não deve intervir na sociedade. Contudo, a história mundial apresenta que a tentativa de abstenção estatal, não ensejou à igualdade

entre os cidadãos, até porque não houve por parte do Estado tentativa de correção da própria história, de cada povo. obrigasse o Estado a discriminar as pessoas de tal forma que implicasse na promoção de uma igualdade eficaz.

A nossa Constituição da Republica em seu art.5º, consagrou tão somente a hipótese da igualdade formalística, desprezando expressamente o conceito material de igualdade. Porém, o Supremo Tribunal Federal, atribuiu à conceituação da isonomia material. A ver, por exemplo, a manifestação do Ministro Celso de Mello sobre a interpretação da Corte a respeito:

“O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é - enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica — suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio — cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público — deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei — que opera numa fase de generalidade puramente abstrata — constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade.”⁷

O princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do ordenamento, com riqueza de conteúdo, englobando a igualdade na aplicação da lei, na criação do direito e em outros diversos aspectos. O princípio da igualdade deve ser entendido de maneira ampla estendendo-se a todos os seres humanos independente de atributos pessoais. Numa análise desse princípio é fundamental saber quais situações de fato são objeto de comparação e ainda quais os critérios ou medidas materiais a serem utilizados como base para essa diferenciação.

3.4 ASPECTOS JURÍDICOS DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E SEU CARÁTER RELATIVO

A abrangência do princípio da igualdade, não se restringe a equiparar os indivíduos perante a norma, mas também impedir que uma lei seja editada de forma a ferir o princípio da isonomia, ou seja, é um princípio dirigido tanto ao aplicador da lei quanto ao legislador, de tal forma que na aplicação da lei, deve-se observar um tratamento idêntico pela lei a todos mas observando a possibilidade de tratamento diferenciado, na medida de suas desigualdades e vedando as diferenciações arbitrárias, de modo a que os casos desiguais sejam tratados de forma desigual na medida em que eles se desigualem.

Sabemos que o princípio da igualdade visa coibir qualquer tipo de tratamento diferenciado que venha a favorecer determinada pessoa ou grupo, seja em razão da raça, do sexo, da competição física, da idade, e outros, mas essa proibição não pode e não deve ser vista de forma absoluta, definitiva, como muitos querem, concluímos daí que esta igualdade tão buscada não é absoluta mas relativa, na medida em que existe a possibilidade de tratamento diferenciado por parte da lei sem que isto venha a ferir o princípio em questão. É a pura aplicação da máxima outrora apresentada por Aristóteles.

De forma mais clara podemos dizer que a lei deve reconhecer que existem pessoas que por motivos outros, como físicos, econômicos ou mesmo culturais e sociais carecem e merecem por parte desta um tratamento diferenciado, diferente do dado aos demais, não para que estes sejam favorecidos mas para que todos tenham as mesmas oportunidades. Estará ferido o princípio da igualdade quando a norma não distinguir de forma razoável ou ainda arbitrário um tratamento específico a pessoas diversas, deve, pois existir justificativas plausíveis para adoção deste tratamento diferenciado segundo critérios e valores aceitos e tidos como superiores em determinados casos.

Alexandre de Moraes abordando onde esses tratamentos diferenciados são legítimos nos ensina que:

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente

aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos a medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos constitucionalmente protegidos.⁸

Ressalte-se que nem todo tratamento diferenciado é legítimo, repito é preciso estar presente critérios razoáveis de justiça que justifiquem este, resta pois saber de que forma e quando esses critérios justificam esse tratamento diferenciado legitimando-o. Resta saber em que casos poderiam ou não haver tal tratamento.

O professor Celso Antonio Bandeira de Mello apresentou estudo tocante a este assunto apresentando três requisitos para que estes tratamentos ditos diferenciados sejam feitos sem que isto fira ao princípio da igualdade. Seguindo o estudo deste, tratemos dos elementos de discriminação. O primeiro diz respeito ao elemento tomado como fator de desigualação, a sua escolha, o segundo reporta-se a correlação lógica e abstrata existente entre o fator escolhido e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado e o terceiro atinam a concordância desta correlação lógica como os interesses absorvidos no sistema constitucional. A norma em questão deve observar cumulativamente esses três requisitos para não ser questionada em face do princípio da igualdade.

O princípio da igualdade tem dois objetivos principais: propiciar garantia individual contra perseguições e acabar com favoritismos, assim sendo deve-se conhecer bem o fator diferenciador que irá se escolher para não se incorrer no risco de se adotar um que seja de tal modo específico que singularize de modo absoluto determinado indivíduo a ser acolhido, e deve obrigatoriamente ser inerente a coisa, pessoa ou situação. Cabe ressaltar que uma norma pode, sem ferir o princípio da igualdade, se destinar a determinado grupo ou a um só indivíduo, desde que indefinido ou indefinível no presente.

Importante ressaltar que existe uma vedação de discriminação por fatores não inerentes à pessoa, situação ou coisa, pois são as pessoas, fatos ou situações é que devem ser analisados, visto que é nestes que podem haver as diferenças que justifiquem tratamentos desiguais, ou seja o elemento de diferenciação empregado, necessariamente há de estar intrínseco na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada.

A problemática maior reside na existência ou não da correlação lógica entre o fator discriminante escolhido e a distinção legal feita a partir do mesmo. Deve haver coerência entre o fator e a discriminação gerada pela norma, devendo ser rejeitadas

as normas que têm por base fatores que não são pertinentes à desigualdade jurídica ocasionada. Assim, essa conexão lógica entre os elementos e a disparidade estabelecida é o vínculo de validade ou invalidade da norma, o elemento diferenciador não pode ser gratuito ou fortuito. Para Celso Antonio Bandeira de Mello:

“É agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arrendamento do gravame imposto”⁹

Cabe afirmar que a doutrina vem reconhecendo que o princípio da isonomia traz a autorização, mesmo que implícita para tratamentos diferenciados desde que justificados.

O último aspecto trata da interpretação das leis de acordo com o princípio da igualdade. Deve ficar claro que não podem ser considerados desigualdades os casos fortuitos ou situações ocasionais que proponham leves distinções. A presunção absoluta e genérica é a da igualdade de tratamento, sendo o tratamento diferenciado uma exceção, que só pode surgir em virtude de lei, e não por simples interpretação. Não basta apenas uma racionalidade do nexos entre a diferença e o tratamento diferenciado. Necessita-se que o referido liame seja constitucionalmente pertinente. As vantagens ou desvantagens conferidas devem realizar os valores constitucionais ou, pelo menos, apontarem para a direção destes.

Resumindo, deve-se verificar a existência de quatro elementos para afirmar que o fator discriminante está de acordo com a isonomia: que a desequiparação não atinja um único indivíduo; que os diferenciais estejam contidos nas pessoas ou situações, e que sejam efetivamente distintos; que a norma se estabeleça de forma absoluta e haja relação lógica entre fatores diferenciais e a distinção jurídica aplicada; que o vínculo seja pertinente aos valores constitucionais protegidos. Quanto a esse último ponto, é importante citar que não podem ser postas em desvantagem por lei situações protegidas pela Constituição, valorando ou desprestigiando valores positivados no sistema constitucional.

Sempre se verificou a presença de variadas discriminações nos diversos segmentos da sociedade, e com suas raras exceções, nunca se cogitou da legalidade destes atos, a partir desse novo entendimento que vem sendo dado ao princípio da igualdade pode-se verificar se estes atos ofendem ou não este, é evidente, pois, a importância do conhecimento deste princípio.

3.5 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988

A nossa Constituição Federal aborda o tema igualdade já em seu preâmbulo ao estatuir a “igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, e mais adiante em seu art.1º , III, aponta como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. E logo em seguida elenca, no seu art. 3º, IV, como um dos objetivos fundamentais da República, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, e já no art.5º expressa o princípio da igualdade, dentre os direitos e garantias fundamentais. O princípio da igualdade encontra-se vinculado à obrigatoriedade da redução das desigualdades, razão pela qual não basta ao Estado proibir a discriminação e abster-se de discriminar, deve, também, atuar positivamente para obter tal redução.

E ainda podemos encontrar disposições acerca do princípio da igualdade em diversos outros dispositivos constitucionais, a mostrar a preocupação do legislador constituinte com o tema. Remetemos nosso foco para o princípio da igualdade, mas, especificamente, no seu art.5º, caput.,I, que está contido no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I Dos Direitos E Deveres Individuais E Coletivos, da nossa Constituição Federal, pela sua importância o transcrevo abaixo:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”¹⁰

Uma primeira abordagem deste artigo, onde a expressão igualdade aparece três vezes, demonstra, mais uma vez, a preocupação do legislador constituinte originário no sentido de enfatizá-la, como um dos mais importantes princípios constitucionais.

Das abordagens feitas no caput. do citado art. 5º, a primeira – “Todos são iguais perante a lei” – é uma norma programática voltada ao legislador para que procure, elaborar normas que assegurem igualdades de condições a todos. Já a segunda – “...garantindo-se...” “... a inviolabilidade do direito...” “... à igualdade” é um princípio constitucional que vai nortear o aplicador da norma.

O princípio da igualdade dirigido ao legislador não pode exigir que todos devam ser tratados exatamente da mesma maneira e tampouco devem ser iguais em todos os aspectos. No entanto, como já foi visto, não pode permitir toda diferenciação, e toda distinção tem que ter algum conteúdo juridicamente aceito e justificado. De outro modo, o intérprete não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar desigualdades arbitrárias, pois o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois sempre haverá ocasiões em que o tratamento desigual será necessário.

Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.

Não podemos deixar de perceber que a igualdade estampada na nossa Constituição deve ser compreendida, levando-se em conta sua dupla dimensão, ou seja, suas duas características principais: igualdade formal e igualdade material.

Para José Afonso da Silva,

“Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da igualdade como igualdade perante a lei, enunciando que, na sua literalidade, se confunde com mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5º, caput, não deve ser assim tão estreita. O intérprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais, conforme apontamos supra e, especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social.”¹¹

Do exposto concluímos que a Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da igualdade material, reconhecendo em seu próprio texto fatores de diferenciação, dentro dos limites e requisitos aqui já vistos, e ainda impondo ao Estado a criação de outros mecanismos que propiciem a efetivação da igualdade entre os cidadãos.

A ordem constitucional introduzida com a Constituição de 1988 tem o princípio da igualdade como um valor norteador do sistema estabelecido, assume-se como meta a adoção de políticas que visem a atingir os objetivos adotados, tocando ao Estado uma conduta ativa.

Por tais razões, entendemos que as ações afirmativas desenvolvidas com o desejo de alcançar os objetivos traçados pela república Federativa do Brasil não são somente autorizados pela ordem constitucional, mas fomentados pelo constituinte.

O próprio texto constitucional previu algumas medidas de discriminação, ditas positiva, além de armar o legislador de todas as ferramentas para instituí-las na ordem infraconstitucional, como são o caso da reserva de cargos e empregos públicos a portadores de deficiência, da concessão de tratamento favorável às empresas de pequeno porte, da “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos”, além de expressamente proibir a discriminação no ambiente de trabalho em decorrência de cor, sexo, idade ou estado civil, de tratamento especial para a criança, para o adolescente, para os portadores de deficiência e aos índios, da adoção de critérios diferenciados para a concessão de aposentadorias, etc., não resta dúvida que o ordenamento constitucional pátrio adota, e que a doutrina pátria é favorável, a aplicação do princípio da igualdade de forma substancial, buscando tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, dentro dos requisitos aqui estudados e sempre tendo justificativas plausíveis para isso, bem como respeitando a própria ordem constitucional, no que tange aos valores por este tutelado.

4 AÇÕES AFIRMATIVAS E A POLÍTICA NACIONAL DE COTAS

4.1 CONCEITO DE AÇÕES AFIRMATIVAS

A expressão ação afirmativa tem origem nos Estados Unidos, nos anos 60, num momento em que os norte-americanos reivindicavam políticas democráticas voltadas a igualdade de oportunidades a todos, a partir de então experiências semelhantes passaram a ocorrer em diversos países pelo mundo, o termo chegou ao Brasil advindo dessas experiências, ocorridas tanto na Europa, mas principalmente nos Estados Unidos.

Na definição de JOAQUIM B. BARBOSA GOMES, as ações afirmativas,

"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."¹²

Ação afirmativa é planejar e atuar no sentido de promover a representação de certos tipos de pessoas, pertencentes a grupos que têm sido subordinados ou excluídos, em determinados setores da sociedade, tem como objetivo eliminar desigualdades históricas, garantindo uma igualdade de oportunidades e tratamento, e ainda compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização decorrentes de motivos raciais, étnicos, religiosos, etc.. De forma mais simplificada dizemos que seja a implementação de políticas de discriminação positiva.

Por discriminação positiva ,segundo Luiz Alexandre Cruz Ferreira, entenda-se,

"o conjunto de medidas públicas ou privadas de atendimento a demandas específicas de pessoas individualmente consideradas, mas inseridas em um contexto social desfavorável, potencialmente capazes de promover alguma mudança social. Essa modalidade de discriminação decorre não de um propósito explícito ou implícito de exclusão de determinado grupo, ou de um ato comissivo administrativo ou legislativo ou de particular, mas sim da indiferença e postura passiva do poder público em face de grupos sociais marginalizados, que são deixados ao relento por uma identificação errônea do conceito de igualdade com o mero conceito de igualdade formal."¹³

Faz se necessário a discriminação positiva pela falta de implementação de políticas públicas ou privadas capazes de reverter o quadro de exclusão de oportunidades.

Concebidas originariamente como forma de enfrentamento do desemprego de minorias étnicas, tais políticas discriminatórias positivas, impostas ou incentivadas pelo Poder Público, determinam que fatores antes vistos como tendentes à discriminação negativa podem ser convertidos em medidas de ação imediata promoventes da igualdade material.

A ação afirmativa não se confunde com ação estatal, programas desenvolvidos por particulares podem partilhar o mesmo intuito de superação de desigualdade, e ainda, importante que se diga, as ações afirmativas são medidas especiais e temporárias. Exclui-se a crença comum de que a ação afirmativa é, necessariamente, sinônimo de cotas mínimas para a participação de minorias, é certo que as cotas se constituem na forma mais radical de ação afirmativa e, possivelmente, na mais polêmica, mas também é correto que existem diversas outras medidas de promoção capazes de desempenhar o papel de instrumento de realização do princípio da igualdade material.

Várias críticas são feitas à aplicação da ação afirmativa por aqueles que a desconhecem e, principalmente, por aqueles que querem perpetuar a discriminação e a desigualdade existente em nosso país. Uma delas é a alegação de que a ação afirmativa baixa o nível educacional e o padrão do trabalho. Quem se utiliza desta argumentação desconhece que os instrumentos de ação afirmativa, principalmente na área de educação, se baseia em critérios que garantem que seus beneficiados sejam pessoas capazes de aproveitar a oportunidade que esse instrumento lhes pode propiciar.

Desde que começou a ser usada a ação afirmativa, sua constitucionalidade tem sido questionada, por ser um instrumento que oferece vantagens às minorias. Ocorre que tal argumento é fraco e inconsistente, pois, a ação afirmativa visa dar efetividade ao princípio constitucional da isonomia, como veremos mais adiante.

4.2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA AÇÃO AFIRMATIVA

A regra moral de que as pessoas devem ser tratadas como iguais não oferece uma boa razão para justificar a resistência as ações afirmativas. O que o princípio da igualdade visa obstar são as formas de discriminação fortuitas ou injustificadas, para tanto o fator de discriminação não deve ser aleatoriamente escolhido e ainda deve possuir uma relação coerente e lógica, como já visto.

A Constituição brasileira esta repleta de dispositivos que além de possibilitarem a adoção de ações afirmativas, criam verdadeiros comandos para sua implementação. De forma explícita, nossa Constituição reconhece somente a igualdade em seu sentido formal, a igualdade perante a lei, conforme legalmente formalizado no artigo 5º, caput., mas podemos afirmar que a Constituição acolheu a igualdade material ao determinar que o Brasil tem como uma de suas metas fundamentais a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III), estabelecendo objetivos básicos para a consecução da justiça social, em que a instrução dos cidadãos é um de seus instrumentos.

O princípio da igualdade tem sido uma constante em todos os textos constitucionais brasileiros, e na Constituição de 1988, passou a esta relacionada não só a igualdade formal, mas também à igualdade no sentido material, visto que criou mandamentos específicos de legislar em favor de pessoas que por motivos outros mereciam por parte da lei de um tratamento diferenciado, como por exemplo as pessoas portadoras de deficiências físicas, os índios, as mulheres, etc..

A própria disposição do princípio da igualdade, confirma a mais enfática preocupação do constituinte brasileiro: a promoção da igualdade, por diversos meios entre eles o de favorecimento de grupos excluídos das posições de decisão.

Ao implementar a igualdade material, por meio das chamadas ações afirmativas, estão se cumprindo exigências de outros mandamentos, também inseridos na Constituição Federal, cuja efetividade deve ser mais intensa. Como o da cidadania e a dignidade da pessoa humana. Além do mais, encontramos, no artigo 3º da Constituição, outros objetivos fundamentais para os quais a República Federativa do Brasil deve se voltar: 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.

A juridicidade da ação afirmativa pode ser ainda legitimada por explícitos dispositivos legais, inseridos no nosso ordenamento jurídico. Ressalte-se o que dispõe o parágrafo 2º, do artigo 5º, da nossa Constituição: “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”, consoante o que dispõe este, a juridicidade das ações afirmativas é manifesta à vista do que dispõe a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968, promulgada pelo Decreto n.º 65.810, de 8.12.1969, especialmente diante do teor do artigo primeiro, parágrafos 1 e 4:

“Artigo 1º

§1. Para fins da presente Convenção, a expressão "discriminação racial" significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

§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.”¹⁴

Ressalte-se que nossa República tem como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, art. 2º, I, o que é atingível com a redução das desigualdades sociais e regionais, art. 2º, III.

De todo o exposto, entendemos legítimas as ações afirmativas, visto que nosso ordenamento jurídico reconhece a proibição da discriminação, mas, simultaneamente, prestigia a ação afirmativa como instrumento de promoção da igualdade material.

4.3 POLÍTICA NACIONAL DE COTAS

A ação afirmativa é um instrumento político que possui o Estado e que tem por fim estabelecer a igualdade jurídica entre situações diferentes. É por isso que a efetivação dessa igualdade inserida por meio das ações afirmativas, inclusive com o uso do sistema de cotas, traz em seu cerne a busca da igualdade de fato, a igualdade real e não somente ficta.

A questão das cotas está no âmago da discussão atual. Existem no Congresso Nacional vários projetos de lei que versam sobre o assunto, além de vários programas dos governos federal e estaduais que fazem uso da política de cotas. Pelo que foi até aqui exposto fica claro que é possível a aplicação do princípio da igualdade, em seu sentido material, posto que haja, com base no texto constitucional, razões que autorizem ações afirmativas positivas – como o sistema de cotas – para se corrigir discriminações, especialmente relacionadas às minorias e, com isso, gerar equilíbrio e igualdade de condições, bem como estimular o crescimento e propiciar oportunidades, garantindo a todos os cidadãos um nível mínimo de uma vida digna.

A política nacional de cotas decorre de uma ação positiva do Estado, e tem como corolários o princípio da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da igualdade, o primeiro possui caráter estruturante, enquanto que os dois últimos se consolidam nos dois pilares da sistemática de cotas. Vejamos um pouco a respeito desses.

Para Alexandre de Moraes,

“A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos”.¹⁵

A dignidade da pessoa humana esta previsto na nossa Constituição como um dos fundamentos da República, art.1º, III, e se expressa nos direitos e garantias individuais e coletivos, nos direitos sociais, bem como nas relações familiares e contratuais, surgiu como forma de harmonizar as relações entre o Estado e o indivíduo, pois ao mesmo tempo em que o estado deve assegurar sua existência,

deve respeitar o ser humano, assegurando-lhe condições que permitam pleno desenvolvimento, pois sua existência se dá em função do indivíduo.

No que tange a política de cotas, o princípio da dignidade da pessoa humana se revela na preocupação do Poder Público em proporcionar a determinados indivíduos hipossuficientes da população, o acesso a níveis de educação superior, que no futuro possa lhe proporcionar uma representatividade em determinados setores da sociedade.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, seu atendimento se verifica, na conjugação de três elementos: adequação da medida adotada para a realização do interesse pública, utilização do meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para o cidadão e da existência de uma justa medida entre o fim desejado e meio empregado.

Em relação à política de cotas o princípio da proporcionalidade se revela quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado, pois quando as normas que conferirem tratamentos diferenciados a certos indivíduos, por razões diversas como idade, sexo, etnia, estas normas só serão compatíveis com a constituição se verificada a existência dessa finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.

Não resta dúvida de que o princípio da igualdade, por tudo que já vimos aqui, se trata de um dos pilares da sistemática de cotas, pois legitima o tratamento diferenciado de acordo com as condições pessoais de cada indivíduo.

No contexto da atual Constituição, Alexandre de Moraes, assevera que,

“A constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigida do próprio conceito de justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito (...).”¹⁶

O legislador deve conferir tratamento diferenciado a determinados grupos de indivíduos para oportunizar uma igualdade de condições para o exercício da cidadania. A reserva de vagas para determinados grupos é um claro exemplo da manifestação do princípio da igualdade em seu sentido material.

Para justificar a aplicação do sistema de cotas, é preciso que a matéria seja positivada, até mesmo para que seja atendido o disposto no art.5º,II, da Constituição. Para ser válida a reserva de vagas a determinados grupos é preciso previsão específica na própria constituição ou em lei em sentido estrito, pois somente estas têm o poder de restringir o princípio da igualdade formal.

Não há que se falar pois em medida provisória como instrumento legislativo para legitimar a sistemática de cotas, pois a despeito de possuir força de lei, não se trata de matéria de relevante urgência, e no que diz respeito às demais normas (decretos, resoluções, portarias), estas normas também não tem força normativa para legitimar a sistemática de cotas, pois muito embora o art.5º, da vigente Constituição não faça referência expressa em lei em sentido estrito, somente estas, lei em sentido estrito, poderiam tratar da matéria da sistemática de cotas, e estas não abrangem os atos administrativos.

Outra questão interessante em relação à exigência de texto legal para reservar certas vagas a determinados grupos diz respeito à legitimidade para legislar a respeito, conforme já sustentado existe a necessidade de norma constitucional, ou de lei em sentido estrito, estabelecendo a reserva de vagas para determinados grupos, por excepcionar o princípio da reserva legal constitucionalmente previsto. Na hipótese de norma constitucional estabelecer a reserva de vagas para determinados grupos apenas sua regulamentação se dá por meio de lei em sentido amplo e seus efeitos vinculam a todos os entes federativos, de outro lado, na hipótese de reserva de vagas por intermédio de lei ordinária, pode se afirmar que a competência para legislar em relação à sistemática de cotas caberia a qualquer um dos entes federados, em razão da autonomia que possuem para se auto-organizarem.

A competência legislativa para a sistemática de cotas seria uma hipótese de competência concorrente imprópria, pois cada uma dos entes federados pode legislar de maneira integral sobre esta matéria, ocorre uma exceção, no que diz respeito à ampla concorrência legislativa sobre a sistemática de cotas, quando a própria Constituição Federal atribui privativamente a um dos entes a competência para legislar sobre determinado assunto.

Contudo não basta apenas a existência de texto legal reservando uma parcela das vagas disponíveis a determinados grupos sociais para assegurar o cumprimento ao disposto no art. 5º, II da Constituição Federal, é necessário também a existência de lei que identifiquem quais são os destinatários da

sistemática de cotas para assegurar o cumprimento ao princípio da igualdade pois, quanto mais a legislação especificar os critérios para se definir se uma pessoa pertence, ou não, a determinado grupo, menor o campo de discricionariedade do administrador ao aplicar as disposições legais a respeito da sistemática de cotas o que assegura um melhor atendimento à vontade do legislador.

Com fundamento na igualdade material é que o poder público vem praticando as chamadas ações afirmativas que buscam prestigiar determinadas minorias na busca pela igualdade em sentido lato, que o conceito de igualdade formal não permite obter. E essas ações, ainda que por um lado possam transparecer uma idéia de justiça, sob outro prisma revelam uma forma positiva de discriminação na medida em que para se prestigiar alguns, outros necessariamente são prejudicados.

A sistemática de cotas diz respeito a uma nova realidade, fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e principalmente da igualdade, em seu sentido material, que objetiva oportunizar as minorias, entre outras, o acesso a educação superior gratuita e de qualidade.

4.4 DAS COTAS PARA NEGROS E ALUNOS DA REDE PÚBLICA

A despeito do que foi até aqui exposto sobre as políticas de cotas para acesso a vagas das universidades públicas e os aspectos constitucionais favoráveis, há, ainda, uma resistência sobre tal assunto, uma visão contrária à implementação de tal sistema, tal posicionamento é até compreensível, visto que a simples diferenciação, por raça, cor ou classe social, faz com que se exclua uma camada ampla da sociedade da concorrência, o que de uma maneira positivista em relação ao direito, passa a ser entendida como discriminação.

Contudo, tal pensamento positivista, centraliza seus argumentos em características constitucionais aparentes, meramente explícitas em alguns artigos, que teriam como principal finalidade evitar o abuso das classes dominantes, fica claro com um estudo e um conhecimento mais apurado da Constituição, como um todo e não apenas de alguns artigos, a real intenção do legislador constituinte e sua preocupação no que se refere à real situação da população, principalmente dos menos favorecidos dentro desta.

No que tange a Constituição ainda, no artigo 206, I, está assegurada a promoção da igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola. Outra não foi à preocupação do legislador constituinte aqui senão a de assegurar aqueles que por ventura não tenham uma educação básica de qualidade, o direito para que possam se fazer do ensino de maneira igual perante os demais.

A Constituição abriga, portanto, valores que devem ser resguardados na sociedade, bem como tenta proteger os hipossuficientes do abuso dos poderosos e do próprio Estado, é de fácil percepção que as classes menos favorecidas encontram fortes barreiras ao acesso à informação e a um nível de vida de qualidade, bem como é nítido que aqueles que possuem condições de vida favoráveis, estudando em bons colégios, acabam por reter a grande maioria das vagas em universidades públicas, a igualdade de competição não acaba por ocorrer na prática. A questão gira em torno de se ter um direito e de não ter acesso a ele, enquanto outros o têm, é o que leva o legislador e algumas universidades a adotarem a política de cotas.

Em se tratando de políticas de cotas em universidades públicas há de se falar quais os grupos que este programa visa atender como os egressos de escolas públicas e negros.

No que atine, a população negra sua exclusão é por demais evidente em nosso meio, não se faz necessário aqui demonstrar números ou pesquisas que comprovem isso, pois estes já são de conhecimento de todos. Independente do universo que se avalie o negro estará sempre em posições numéricas e sociais inferiores, aos que ainda precisam de números para se convencerem, vejam os números de um estudo realizado pelo IBGE, a respeito da disparidade existente entre brancos e negros, levando-se em conta dois dados principais índice de analfabetismo (21% para negros, 19,6% para pardos e 8,3% para os brancos) e índice de renda em salários mínimos (2,43 salários para negros, 2,54 para pardos e 5,25 para brancos). Ainda segundo dados do IBGE, recentemente divulgados, do 1% dos mais abastados do país, 88% são brancos; contrariamente, dos 10% mais pobres, 70% são negros ou pardos.

Idealizamos uma democracia racial, no entanto, os dados estatísticos revelam uma democracia racial disfarçada. A miséria dos morros, a diferença no acesso à instrução, ao trabalho e à renda, entre outros, desfazem esse ideal.

A condição dos negros escravos não terminou com a abolição, a partir dessa iniciava-se, outra realidade, onde os negros, não mais escravos, passaram a ocupar uma posição sócio-econômica inferior. A lei os libertou, mas também os abandonou. Careceu de uma atuação política de reeducação para que os negros pudessem ser preparados para cumprir as novas obrigações sob iniciante regime de liberdade. Essa política se fazia, e se faz necessária hoje, para reverter os males que o escravismo teria enraizado na cultura negra durante mais de três séculos.

Reconhecer a importância que os negros tiveram para a formação do nosso país, é dever de toda sociedade, mas não se deve apenas reconhecer deve-se buscar medidas para reparar, políticas de outrora.

A situação é de exclusão social. A discriminação racial é uma realidade. Situação esta gerada por um modelo econômico e social adotado pelo Brasil colônia e o posterior abandono dos negros, após a abolição.

Verdade que o preconceito que existe talvez não seja o único elemento que prejudica a participação dos negros nas classes sociais mais favorecidas. Isso se deve a problemática situação econômica a que foram submetidos ao serem historicamente obrigados a aceitar os trabalhos considerados inferiores. Restaram-lhes os piores trabalhos, por conseguinte os piores salários, o que os impossibilita de investir em estudos e sem acesso à educação, impossível competir no mercado de trabalho, o que o impede de transformar a própria realidade e ascender socialmente.

Ressalte-se que a exclusão presente no Brasil, sem minimizar a situação da discriminação do negro, não é só racial mas também sócio-econômica, claro que não se trata de limitar o problema racial à questão econômica, mas para que seja efetivas as políticas de cotas a serem praticadas no Brasil, devem procurar abordar concomitantemente os aspectos raciais, sociais e econômicas.

A respeito das cotas destinadas a alunos da rede pública, convém citar novamente o art. 206,I, da Constituição, que assegura a promoção da igualdade de condições para o ingresso e permanência na escola, o 'x' da questão reside na qualidade de ensino nos níveis fundamental e médio, oferecidos, o que torna impossível uma competição justa entre esses e os alunos advindos da rede privada de ensino, pois é nítida a discrepância existente entre os dois sistemas de ensino – público e privado.

Se o ensino fundamental e médio, oferecido pelo Poder Público não é o adequado, então este mesmo Poder Público é o único e principal responsável e deve ser obrigado a absorver o aluno vindo da rede pública de ensino, não pode deixar de resguardar um direito destes.

Deixa de estar presente aqui o critério puramente racial, para existir o social, a justifica é semelhante a apresentada aos negros, mas sem o aspecto racial, ocorre que sem uma educação de qualidade nos níveis inferiores, a competição por vagas nas universidades públicas se torna injusta, e todos sabemos da importância de uma formação superior nos dias de hoje para a vida pessoal e profissional de toda pessoa.

É sabido que a grande maioria dos estudantes hoje presentes na rede pública, são oriundos de áreas e famílias carentes, o que os impede de fazerem grandes investimentos em educação. Ressalte-se que mesmo que o ensino público nos níveis fundamental e médio tivessem uma qualidade semelhante a do ensino privado mesmo assim, a competição não seria justa, isto devido ao contexto social em que o aluno da rede pública está inserido, o que não favorece a uma dedicação total aos estudos, pois em geral auxiliam nas tarefas domésticas, nas obrigações de casa, ou trabalham para complementar a renda familiar.

É latente a necessidade de políticas públicas para corrigirem desigualdades sociais existentes em nosso meio, prover o acesso a todos a uma educação superior é uma delas, cabe a esse mesmo poder público efetivar meios para que isso aconteça, a implementação da política de cotas é um desses meios, mas não o único e nem é um fim em si, não se esqueça do caráter transitório deste, bem como da obrigação de investimentos na educação para melhoria desta.

As políticas de cotas se mostram de conforme com os preceitos constitucionais, a necessidade de regulamentação dessa política é tamanha para que se possa encarregar, por força de lei, aos operadores das leis e da educação uma cobrança maior e eficiente do Estado. Atualmente tramitam no Congresso Nacional diversos projetos de lei que versam sobre a política de cotas nas universidades públicas esperamos que o Congresso Nacional, as analise o mais breve possível, mas também de forma a buscar o objetivo maior de nossa democracia: o bem comum.

4 CONCLUSÃO

Com base nas considerações expostas nesse trabalho, pode-se depreender algumas afirmações. Primeiramente, no que tange aos princípios fica clara a sua supremacia perante as demais normas, isso devido à carga valorativa que estes carregam, independente de estarem ou não positivados, sua importância decorre entre outras do fato deles servirem justamente para dar o norte para onde se deve seguir nessa difícil atividade de adaptação do direito as novas realidades que vão surgindo.

No que tange a igualdade, podemos afirmar que esta não é apenas um princípio de Estado de Direito, mas também um princípio de Estado Social. É o mais vasto dos princípios constitucionais, sendo impositivo em todos os recantos, constituindo-se num princípio jurídico informador de toda a ordem constitucional. Está inserido na Constituição com plena eficácia e sua interpretação deve levar em consideração a existência de desigualdades bem como as injustiças causadas por tal situação, deve-se buscar pois uma igualdade material, que realiza seus ideais de justiça.

Fica clara a intenção de nosso legislador constituinte em reduzir as desigualdades sociais existentes, para tanto criou, em diversos dispositivos, a obrigação de agir diretamente como o escopo de realizar a igualdade material, sem se limitar a vedar a discriminação arbitrária, previu uma igualdade de oportunidades e o uso de instrumentos capazes até mesmo de restringir o alcance da igualdade em seu sentido formal.

Como visto o princípio da igualdade em nada obsta a adoção das ações afirmativas, ou de sua espécie mais conhecida, as políticas de cotas, não há pois inconstitucionalidade destas, muito pelo contrario a própria Constituição, já a traz expressas em seu texto, a ver por exemplo, o tratamento dado as mulheres, aos índios, aos deficientes físicos.

Não obstante, há que observar os requisitos caracterizadores da discriminação dita positiva, para que esses tratamentos diferenciados não sejam tidos como inconstitucionais. Deve se pois atentar a presença de alguns requisitos como o elemento tomado como fator de desigualação, a sua escolha, que não pode ser um que individualize os sujeitos, deve-se reportar a correlação lógica existente

entre o fator escolhido e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado e ainda deve-se observar a concordância desta correlação lógica como os interesses absorvidos no sistema constitucional. A norma em questão deve observar cumulativamente esses três requisitos para não ser questionada em face do princípio da igualdade.

Não há pois que se cogitar da inconstitucionalidade das ações afirmativas e da política de cotas, visto pois que as ações afirmativas dão vazão a um dos aspectos do princípio da igualdade, a saber, de tratamento diferenciado, privilegiando a igualdade material.

A importância das ações afirmativas para a inclusão no ensino superior público brasileiro justifica-se sobretudo na própria possibilidade de acesso às profissões capazes de promover mobilidade social, minimizando gradativamente a desigualdade social, econômica e educacional. Há uma série de discriminações positivas implementadas no Brasil que não suscitam polêmica, por exemplo, as que se destinam às mulheres ou às pessoas portadoras de deficiência. No caso da política de cotas, porém, o que se indaga é se o que estaria em disputa, em grande medida, não seriam questões de outra natureza, vale dizer, vagas gratuitas do ensino superior público que, através de políticas afirmativas, poderiam vir, após séculos, a mudar de mãos. Proporcionar a determinados grupos excluídos, condições efetivas de ocupação dos espaços públicos a fim de que possam também protagonizar as relações sociais certamente é constitucional, e encontra respaldo na noção de isonomia material.

A política de cotas, é um meio viável para correção, diminuição das desigualdades existentes em nosso meio, e se mostram em conformidade com os preceitos albergados em nossa Constituição. A adoção destas medidas pode significar um passo enorme na construção de uma sociedade mais justa.

Rechaçar-se o principalmente argumento dos que são contrários a adoção destas – o da sua inconstitucionalidade. Claro que o assunto deve sim ser mais discutido, mas é inegável a dívida que o país tem com certos grupos, bem como é inegável a disparidade existente entre ricos e pobres, e ainda a diferença entre a educação privada e a pública, o que impossibilita uma competição de forma igual por vagas as universidades públicas.

As ações afirmativas são instrumentos de combate às desigualdades presentes em diversos segmentos da sociedade. Acreditamos que a política de cotas não fará isoladamente todas as mudanças necessárias para que ocorra a efetiva inclusão social de determinados grupos étnicos, mas impulsiona o País a uma futura e provável modificação de seu quadro econômico-social, já que a educação é a mais importante dentre as múltiplas prestações de serviço que o Estado tem o dever de proporcionar aos seus cidadãos. Todo e qualquer tipo de ação que vise o bem comum, sem infringir o direito alheio, como é o caso das políticas públicas de ação afirmativa, deve ser amparada pelo Direito e acolhida pela sociedade.

Entendemos que da análise do ordenamento jurídico nacional, não se extrai a conclusão, de que as ações afirmativas seriam inconstitucionais por ferirem o princípio da igualdade. Na contramão disso o que temos é que o constituinte, originário e reformador, além de prever em seu próprio texto medidas que levam em consideração algumas diferenças existentes entre os cidadãos, prevendo tratamento diferenciado para eles, criou muitos instrumentos para que o legislador faça o mesmo na ordem infraconstitucional. Trata-se, sobretudo, de fazer cumprir o ideal do Estado Democrático de Direito: a construção de uma sociedade verdadeiramente plural e igualitária em direitos e obrigações.

REFERÊNCIAS

- 1 MICHAELIS. Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1998, p. 1697.
- 2 ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. Breves anotações sobre o princípio da ampla defesa . Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3166>>. Acesso em: 02 de maio 2010.
- 3 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito Administrativo. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- 4 SCHIER. Paulo Ricardo. Neoconstitucionalismo e Direitos fundamentais. I Jornada de Direito Constitucional da Unibrasil, Curitiba, PR, out. de 2004 Disponível em: http://www.unibrasil.com.br/revista_on_line/artigo%2026.pdf. Acesso em 20 mar. 2010
- 5 MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2003. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-GILMAR-MENDES.pdf> Acesso em: 25 fev. 2010.
- 6 BRASIL. Constituição Federal, 05 de outubro de 1988. Dispõe sobre direito, deveres e normas gerais do Brasil. Disponível em www.planalto.gov.br. Brasília. 2007. Acesso em: 07 de mar. 2010
- 7 OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. O princípio da não-discriminação e sua aplicação às relações de trabalho . Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1176, 20 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8950>>. Acesso em: 31 maio 2010.
- 8 MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 21ª Edição, São Paulo, Atlas, 2007
- 9 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. Malheiros Editores, São Paulo, 2009.
- 10 BRASIL. Constituição Federal, 05 de outubro de 1988, op. Cit.
- 11 SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, Editora Malheiros: São Paulo, 2006.

12 GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 38, nº 151, jul/set 2001. pags. 129/152. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_151/r151-08.pdf >. Acesso em 21 março 2010.

13 FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz; FERREIRA, Alexandre Mendes Crus. Hermenêutica afirmativa e horizontes ontológicos da discriminação positiva. *Re-pensando o conceito das ações afirmativas*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 528, 17 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6054>>. Acesso em: 05 maio 2010. 14

BRASIL. Decreto Nº 65.810, de 8 de dezembro. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_civel/acoes_afirmativas/aa_legislacao/aa_leg_federal. Acessado em 13 de maio de 2010.

15 MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, op.cit.

16 MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, op.cit.