

## **AÇÕES AFIRMATIVAS: UMA BUSCA PELA IGUALDADE MATERIAL**

### **Rosalvo Augusto Vieira da Silva**

Juiz de Direito - Turma Recursal de Salvador-BA. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela EMAB. Diretor da EMAB- Escola de Magistrados da Bahia.

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo precípua o estudo das ações afirmativas sob a ótica do princípio da igualdade. Dentro desse contexto, buscar-se-á analisar se tais políticas públicas e privadas promovem de fato a isonomia ou se tornam por acirrar ainda mais as desigualdades sociais. Com vistas à consecução deste objetivo principal, serão estudados os antecedentes históricos das ações afirmativas, de modo a comparar os modelos estadunidense e brasileiro de implantação destas políticas públicas e privadas. Como parte do estudo, será feita abordagem acerca dos ideais de justiça distributiva e justiça compensatória verificando quais se coadunam com as ações afirmativas. Ademais, o estudo perpassa pela distinção entre ações afirmativas e discriminações positivas, bem como pelo polêmico sistema de cotas para negros em universidades. Analisar-se-á de igual forma, as discriminações de gênero e aos portadores de deficiência, por se tratar de categorias discriminadas historicamente.

**Palavras-Chave:** Ações afirmativas. Igualdade. Discriminação. Preconceito.

**Sumário:** 1 - Introdução; 2 - Referencial histórico das Ações Afirmativas no Brasil; 3 - Justiça Distributiva x Justiça Compensatória; 4- Distinção entre Ações Afirmativas e Discriminações Positivas; 5 - o polêmico sistema de cotas para negros nas universidades públicas; 6 - Discriminação de gênero; 7 - discriminação aos portadores de deficiência; 8- Ações afirmativas sob a ótica do princípio da igualdade; 9 - considerações finais; Referências Bibliográficas.

### **1. Introdução**

Constitui um dos objetivos da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inciso IV, CF/88).

Preconiza ainda o texto constitucional no *caput* do art. 5º que todos são iguais perante a lei, destarte, o princípio da igualdade consiste em direito fundamental.

Nesse contexto, se insere o tema de estudo, ora proposto, porquanto a sociedade brasileira ainda vivencia uma realidade equidistante da almejada pelos constituintes de 1988.

## ENTRE ASPAS

A busca incessante pela igualdade em seu aspecto material teve como reflexo a importação brasileira do modelo de ações afirmativas estadunidense, numa tentativa de amenizar as disparidades sociais.

É certo que o Estado brasileiro tem se preocupado principalmente na promoção da discriminação positiva, ou seja, transformar em norma as discriminações, com vistas a promover a igualdade para os desiguais, a citar a licença para gestantes.

Os programas de ações afirmativas, entretanto, não têm por objetivo a normatização, ou seja, não almejam a promoção da igualdade formal, estas se preocupam com a igualdade em seu sentido material, de concretização dos postulados legais.

Dentro dessa realidade, organismos privados tem buscado implementar ações afirmativas buscando somar-se as iniciativas do Poder Público, vale mencionar a Faculdade Zumbi dos Palmares, de criação da ONG afrobras.

Os contornos acerca do tema das ações afirmativas ainda não se encontram bem delimitados, fato este que se justifica diante da sua ligação ao polêmico sistema de cotas.

Nesse sentido, o estudo do tema pelos doutos pátrios normalmente tem por enfoque o sistema de cotas para negros nas Universidades Públicas, ante a grande repercussão que este último tema provoca na sociedade.

Assim, o presente trabalho tem como objeto de estudo as “Ações Afirmativas”, sob a perspectiva do princípio constitucional da igualdade, deste modo, buscar-se-á verificar se estas ações têm verdadeiro cunho concretizador da igualdade, preconizada no seu sentido material, ou mesmo, se a criação de privilégios a determinados grupos tornam por acirrar ainda mais as desigualdades sociais.

## 2. Referencial Histórico das Ações Afirmativas no Brasil

No Brasil o tema das ações afirmativas é recente, suas vozes ecoaram pela primeira vez no governo de Fernando Henrique Cardoso, numa tentativa de implantação do modelo de ações afirmativas norte-americano.

O modelo estadunidense, de acordo com Roberta Kaufmann, surgiu num contexto diferente do brasileiro, as ações afirmativas naquele país serviram como verdadeiro instrumento apaziguador de uma iminente guerra civil, resultado de anos de segregação racial<sup>1</sup>.

A implantação de ações afirmativas nos Estados Unidos da América, portanto, consistiu num meio encontrado pelos governantes para gerir a crise enfrentada no país, diante de anos de segregação racial.

Mister destacar que a inserção de programas positivos não obteve à época o apoio dos líderes do movimento negro, a citar o exemplo de Martin Luther King, contraditoriamente os principais incentivadores desses programas faziam parte da elite branca do país, ademais incumbiu a um Republicano considerado conservador, qual seja Richard Nixon, promover a integração dos negros através de medidas positivas<sup>2</sup>.

Outrossim, a abolição da escravatura nos Estados Unidos não foi capaz de inserir os negros na sociedade, de forma que estes obtivessem os mesmos direitos dos brancos.

A segregação racial era institucionalizada, porquanto detinha o apoio do governo e sociedade, nesse diapasão a proibição racial estava disseminada em todos os ambientes sociais, nas escolas, hospitais, restaurantes, lojas e etc. A principal luta dos movimentos negros, portanto, que surgiram na década de 60 e 70 almejava a inserção de uma política não- segregacionista.

Com o governo de John Kennedy, após a Suprema Corte americana ter se pronunciado a favor da extinção da segregação racial, foram tomadas as primeiras iniciativas no sentido de acabar com a discriminação e implantar o sistema de ações afirmativas<sup>3</sup>.

Nesse sentido, as ações afirmativas surgem como uma tentativa de combate à discriminação racial, haja vista que o governo americano à época não possuía uma visão de inclusão social, o simples combate à discriminação era considerado um significativo avanço para os negros.

Verificou-se, posteriormente, que o simples combate à discriminação não era capaz de acabar com a segregação racial, visto que brancos e negros continuavam não se misturando, o que resultou em manifestações violentas, principalmente a partir da morte do líder negro Martin Luther King<sup>4</sup>.

A necessidade de promover a integração dos negros naquele país passou a se tornar urgente, a partir de então diversos programas positivos foram implementados, muito mais como uma tentativa de acalmar os ânimos sociais, do que promover a real integração dos negros na sociedade.

A iminência de uma guerra civil, portanto, consistiu em verdadeira mola propulsora para que os governantes tomassem uma atitude relacionada à segregação racial, destarte, a criação de políticas positivas tornou-se necessária para a manutenção da paz social.

Diversamente, no modelo brasileiro de inserção das ações afirmativas não há que se falar em segregação racial, muito embora o preconceito e a discriminação dos negros representem uma realidade no Brasil.

Ocorre que a colonização brasileira divergiu da colonização americana, sobretudo, porque houve uma natural miscigenação das raças no país, diferentemente nos Estados Unidos houve o incentivo a segregação racial.

Sobre esta questão merece salientar a posição do ex-presidente do Brasil, Fernando Henrique Cardoso:

Devemos, pois, buscar soluções que não sejam pura e simplesmente a repetição ou a cópia de soluções imaginadas para situações em que também há discriminação e preconceito, mas em um contexto diferente do nosso. É melhor, portanto, buscarmos uma solução mais imaginativa.

A questão racial no Brasil está indissociavelmente ligada à questão econômica, de classe social, tendo em vista que a discriminação aqui se perfaz também em razão da situação financeira do indivíduo, daí a idéia surgida de que o “branco pobre se torna negro e negro rico se torna branco”.

Transportar o modelo de ações afirmativas para o Brasil nos exatos moldes do americano, não atende aos anseios da sociedade brasileira, porquanto já restou demonstrado alhures, que os programas positivos naquele país foram fruto de uma severa segregação racial existente, assim há necessidade de adequação do modelo americano ao modelo pátrio.

Saliente-se que o Brasil carece de estudos que se proponha a realizar uma análise mais profunda acerca das ações afirmativas e os fatores de discriminação, a questão racial representa apenas uma das nuances dos programas positivos, desse modo é imperioso ampliar o estudo, a fim de que este não se resuma ao sistema de cotas nas universidades, mas represente um verdadeiro promovedor do princípio da igualdade.

Nessa senda, a promoção do princípio da igualdade na realidade brasileira não se baseia somente na questão racial, pois que a implantação de ações afirmativas atinge também outros grupos sociais, a citar idosos e deficientes físicos.

### 3. Justiça Distributiva x Justiça Compensatória

A doutrina vem discutindo se as ações afirmativas buscam consagrar os ideais de justiça compensatória ou se estaria relacionada aos fundamentos da justiça distributiva.

Acerca dessas duas teorias, Roberta Kaufmann as distingue da seguinte forma: enquanto a justiça compensatória almeja corrigir erros ou injustiças cometidos por particulares, ou mesmo pelo governo, contra determinadas pessoas no passado, a justiça distributiva seria aquela em que se objetiva promover oportunidades para determinados indivíduos, redistribuindo direitos, com o fito de amenizar as disparidades sociais<sup>5</sup>.

Dentro desse contexto, as ações afirmativas demonstram afinidade com os ideais da justiça distributiva, tendo em vista que para aplicação da justiça compensatória, como bem explanado pela autora supracitada, seria necessário identificar os autores para promover a responsabilização, o que por sua vez poderia levar a uma responsabilização infinita.

Ademais, pelo ideal de justiça compensatória a responsabilização recairia sob indivíduos que não cometeram os erros ou injustiças, da mesma forma que a compensação se daria entre os indivíduos que não sofreram os verdadeiros danos, nessa esteira seria algo contraditório ao próprio ideal de justiça.

Hodiernamente, tem se falado muito nos ideais da justiça distributiva, principalmente no âmbito do Poder Judiciário, mais especificamente diante da figura do magistrado.

O norte orientador da atuação dos magistrados tem sido o dever de emitir provimentos judiciais que impliquem na eliminação de efeitos discriminatórios, buscando redirecionar os benefícios, direitos e oportunidades aos cidadãos, como assevera Roberta Kaufmann<sup>6</sup>.

O Poder Judiciário tem por norte o ideal de justiça distributiva, ou seja, de acordo com critérios de razoabilidade e necessidade, almeja distribuir aos cidadãos o que é devido a cada um, dentro dessa perspectiva o Judiciário tem atuado na promoção das ações afirmativas.

Vale ressaltar como uma dessas ações os Balcões de Justiça e Cidadania, cujo projeto teve início em 2003 pelo Tribunal de Justiça da Bahia, com o objetivo de constituir uma solução alternativa para os conflitos, ampliando o acesso à justiça aos jurisdicionados desprovidos economicamente.

Deste modo, mediante a resolução 05/2006, que por sua vez alterou a resolução 08/2004, o Egrégio Tribunal de Justiça da Bahia dispõe no art. 2º sobre a competência dos Balcões, *in verbis*:

**Art. 2º** Compete aos Balcões de Justiça e Cidadania oferecer orientação e assistência jurídica, conciliação e mediação de conflitos de interesse, nas questões cíveis de menor complexidade, enumeradas no art. 3º, *caput*, da Lei 9.099/95, e nas que versem sobre separação judicial, divórcio, fixação de alimentos, regulamentação de visitas e união estável, bem como educação para a cidadania e difusão de informações para a prática de direitos e deveres. (NR).

O referido projeto, portanto, tem como objetivo incentivar o acesso à Justiça, através de mecanismos capazes de inibir ou mesmo diminuir os conflitos de interesse, especialmente na população de baixa renda, para tanto necessário a adoção de medidas preventivas de orientação, assistência jurídica, conciliação e mediação.

Outro importante exemplo de promoção de ações afirmativas pelo Judiciário é a Justiça Itinerante, cuja possibilidade foi prevista pelo legislador constituinte através da Emenda nº 45/2004, assim observe-se:

## A REVISTA DA UNICORP

**Art. § 2º:** Os Tribunais Regionais Federais instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários”.

“**Art. 115, § 1º:** Os Tribunais Regionais do Trabalho instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções de atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários”.

“**Art. 125, § 7º:** O Tribunal de Justiça instalará a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários”. (grifo nosso)

A Justiça itinerante é disponibilizada por meio de unidades móveis, em regra, através de ônibus adaptados, com o fito de levar a atividade jurisdicional do Estado a lugares mais remotos e, desta forma necessitados.

Neste modelo atuam juízes, conciliadores, defensores públicos e promotores, a fim de que sejam solucionados os conflitos por meio da conciliação, todavia, não sendo possível haverá o encaminhamento das partes ao juízo comum.

Em cada unidade móvel tem uma equipe composta por bacharel em direito, estagiários, e pessoal de apoio que embarcam para atender a população de forma gratuita, ágil, eficiente e desburocratizada.

Na Bahia o projeto da Justiça Itinerante teve início antes mesmo da previsão da Emenda nº 45/2004, assim sua atuação tem por enfoque as localidades onde não existem os Balcões de Justiça.

Com vistas a assegurar o acesso à justiça, o Estado se incumbiu de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art.5º, LXXIV), para tanto foi instituída as Defensorias Públicas, a quem incumbirá a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, conforme preleciona o art.134, da CF/88.

Nesse diapasão, as Defensorias Públicas do Estado atuam nas áreas Cíveis, Fazenda Pública, Defesa do Consumidor, Família, Curadoria, Crime, Execuções Penais, Direitos da Criança e do Adolescente, Proteção a pessoa idosa, Juizados Especiais, Proteção aos Direitos Humanos, Combate à violência doméstica, bem como no Tribunal de Justiça, consoante o art. 4º da Lei Complementar nº 80/94.

Além das Defensorias Públicas do Estado o cidadão carente também encontra auxílio da Defensoria Pública da União, com competência principalmente para atuar nas causas contra União, autarquias federais, fundações públicas e órgãos públicos federais, a citar INSS, FUNAI, INCRA e Caixa Econômica Federal.

Destarte, suas áreas de maior atuação são as que dizem respeito à saúde, educação, previdência social, assistência social, moradia, liberdade e ações coletivas, consoante se depreende da Lei Complementar nº 80/94.

Vale mencionar que a Defensoria da União também adota o projeto da Justiça Itinerante, levando ao conhecimento dos cidadãos moradores de áreas distantes da urbana assistência jurídica gratuita, bem como divulgando o papel da Instituição.

Neste desiderato, para todos os indivíduos que almejam uma sociedade livre, justa e

## ENTRE ASPAS

igualitária, a discussão acerca das ações afirmativas ganha especial relevo, diante da proposta em promover a igualdade entre os cidadãos em posição de desigualdade social.

Assim, a implantação de ações afirmativas, atualmente, pode ser visualizada tanto nos setores públicos, por meio dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, quanto nos setores privados, nestes principalmente através de ONG's.

### 4. Distinção entre Ações Afirmativas e Discriminações Positivas

As ações afirmativas consistem em verdadeiros mecanismos de inclusão social, cujo objetivo é amenizar as disparidades sociais, através de ações temporárias promovidas por políticas públicas, via regra, assim como por políticas privadas.

Acerca do conceito das ações afirmativas merece trazer à baila o posicionamento do Min. Joaquim Barbosa Gomes:

Conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate da discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego<sup>7</sup>.

Destarte, as ações afirmativas segundo o Min. Joaquim Barbosa podem ser políticas promovidas pelo Poder Público, bem como por entes privados, por compulsoriedade, ou seja, quando houver uma obrigação em promover estas ações para efetivação do princípio da igualdade material, podendo ser ainda de forma facultativa ou voluntária.

Ademais, da conceituação do Ministro extrai-se que as ações afirmativas buscam promover a justiça compensatória: “mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado”.

Como visto no tópico anterior, considerar este tipo de ações como tentativas de promover a compensação por erros cometidos no passado seria um equívoco, porquanto seria necessário identificar os autores para promover a responsabilização, o que por sua vez poderia levar a uma responsabilização infinita, além do que a responsabilização recairia sob indivíduos que não cometeram os erros ou injustiças, da mesma forma que a compensação se daria entre os indivíduos que não sofreram os verdadeiros danos.

Por estas razões os ideais de justiça distributiva se coadunariam com a verdadeira finalidade das ações afirmativas, já que estas têm por fim promover oportunidades para determinados indivíduos, em situação de desigualdade social, redistribuindo direitos, de forma a amenizar as desigualdades.

De acordo com a Min. Carmem Lúcia Antunes Rocha, as ações afirmativas podem ser traduzidas como:

Uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante da sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal

como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias<sup>8</sup>.

Do conceito extraído acima denota-se que as ações afirmativas e discriminações positivas são consideradas como sendo a mesma coisa, senão vejamos: “Por esta **desigualação positiva** promove-se a igualação jurídica efetiva. A ação afirmativa é, então, forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias”. (grifo nosso)

Assim, verifica-se que ações afirmativas e discriminações positivas são conceitos confundidos, sendo considerados como sinônimos, portanto, necessário distingui-los, nesse sentido Leila Bellintani ao citar Fernando Rey Martínez estabelece que ações afirmativas são um gênero do qual as discriminações positivas são espécies<sup>9</sup>.

As discriminações positivas buscam inserir na norma tratamento diferenciado, seria a consubstanciação formal da igualdade, por sua vez as ações afirmativas promovem este tratamento por meio de políticas públicas ou privadas, sem necessariamente promover alteração legal.

Muito embora haja discussão acerca da constitucionalidade das discriminações positivas, o ordenamento jurídico brasileiro teve inserido no art. 37, VIII, da CF/88, a seguinte discriminação positiva:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

**VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;** (grifo nosso)

Neste artigo buscou-se privilegiar os portadores de deficiência, por entender que estes se encontram em situação de desigualdade social, ademais, vale citar a Lei eleitoral nº 9.504/97 que em seu parágrafo 3º, art.10 estabeleceu:

§ 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

A lei brasileira, não obstante, ser omissa quanto ao termo discriminações positivas, diante das previsões supramencionadas, infere-se que estas foram aceitas pelo ordenamento jurídico, contudo, permanece em pauta à discussão acerca da promoção da igualdade material ou exasperação das desigualdades sociais.

## 5. O Polêmico Sistema de Cotas para Negros nas Universidades Públicas

No Brasil o tema das ações afirmativas tornou-se amplamente conhecido somente após o

## ENTRE ASPAS

sistema de cotas para negros nas universidades, já que este último gerou enorme polêmica nos setores sociais, nessa esteira, anteriormente, muito pouco se sabia sobre as ações afirmativas, seu conceito, objetivo, características, enfim o universo deste tema ainda não havia sido explorado.

O modelo de ações afirmativas brasileiro consistiu numa importação do modelo norte-americano, ocorre que o modelo estadunidense é resultado de uma severa segregação racial existente no país, desta forma a implantação de ações afirmativas tinha como escopo acalmar os ânimos sociais, a fim de evitar uma guerra civil.

Diversamente, no Brasil jamais houve uma segregação racial nos moldes norte-americano, o preconceito no país transcende a questão somente da cor, uma vez que a situação econômica consiste em importante elemento de discriminação.

Não se quer dizer, entretanto, que no Brasil não existe o preconceito racial, malgrado a sociedade brasileira seja miscigenada, os negros continuam a ser discriminados, sejam nas escolas, nos empregos, enfim a discriminação ainda consiste uma realidade no país.

Nesse contexto de discriminação racial, foi implantada em 2001 pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) uma política de reserva de vagas para negros em universidades públicas, consistindo assim, numa tentativa de amenizar a discriminação sofrida pelos negros, ampliando para estes o acesso ao ensino superior<sup>10</sup>.

Não obstante o tema das ações afirmativas serem comumente atrelado à política de cotas, vale ressaltar que este sistema de reserva de vagas para negros em universidades são apenas uma das espécies de ações afirmativas, desse modo existem outras formas de promover a igualdade, a teor disso Roberta Kaufmann assevera:

As cotas são apenas um dos mecanismos existentes na aplicação da política de proteção às minorias desfavorecidas, e podem aparecer não somente com a reserva de vagas no vestibular, para ingresso nas Universidades, mas ainda na porcentagem de empregos para determinados grupos. É preciso destacar, no entanto, que existem diversas outras modalidades de medidas positivas, como bolsas de estudos, reforço escolar, programas especiais de treinamento, cursinhos pré-vestibulares, linhas especiais de crédito e estímulos fiscais diversos que levem em conta a raça como fator de segregação<sup>11</sup>.

Dessarte, a política de cotas para negros em universidades públicas consistem em uma, dentre outras medidas, que podem ser adotadas como mecanismo de inclusão social, no entanto, a repercussão social desencadeada com esta modalidade de ações afirmativas dividiu a sociedade em basicamente dois grupos, os que apóiam esta medida e os que a repudiam.

Não se pode negar que esta modalidade de ação afirmativa tem natureza essencialmente compensatória, ou seja, trata-se de política inclusiva para negros em universidades públicas, consistente numa tentativa de reparar as discriminações fruto de um passado de escravidão.

A política de cotas nas universidades, além de divulgar o tema das ações afirmativas tornou conhecida no Brasil a expressão “afro-descendente”, acerca disto vale observar a portaria nº 196/2002 da Universidade Estadual da Bahia (UNEB), ao estabelecer a reserva de vagas, nesse desiderato:

**Art. 1º - Estabelecer a quota mínima de 40% (quarenta por cento) para a população afro-descendente, oriunda de escolas públicas, no preenchimento das vagas relativas aos cursos de graduação e pós-graduação**

## A REVISTA DA UNICORP

oferecidos pela Universidade do Estado da Bahia-UNEB, seja na forma de vestibular ou de qualquer outro processo seletivo.(grifo nosso)  
Parágrafo Único – **Serão considerados afro-descendentes, para os efeitos desta Resolução**, os candidatos que se enquadrarem como pretos ou pardos, ou denominação equivalente, conforme classificação adotada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (grifo nosso).

Insta ressaltar que a própria portaria estabelece quem são os afro-descendentes, portanto, no ato de inscrição do vestibular o candidato que se considerar afro-descendente deverá demonstrar a sua opção pela participação no sistema de cotas.

Nesse aspecto reside grande controvérsia, diante da subjetividade que envolve esta opção, assim perfilhamos do entendimento de que o critério mais auspicioso consiste na reserva de vagas para estudantes de escolas públicas, porquanto o acesso ao ensino superior no Brasil está inteiramente atrelado à questão econômica.

Com espeque, a discriminação racial, juntamente à questão econômica são fatores que justificam o baixo índice de negros no ensino superior, dentro dessa perspectiva observe o posicionamento da Min. Carmem Lúcia Antunes Rocha:

O fato de ser favorável à adoção de quotas para pobres no que concerne ao ingresso no ensino superior e não para negros e pardos não configura, contudo, qualquer tendência, neste caso, à aceitação a teoria marxista, a qual salienta que a existência de qualquer discriminação se deve tão somente a fatores econômicos<sup>12</sup>.

Imperioso salientar que à condição econômica em se tratando da política de cotas deve ser considerado como fator preponderante, já que existem muitos brancos que não possuem acesso ao ensino superior devido à situação financeira, de modo inverso também existem negros que tiveram ensino de qualidade e por isso estão aptos a ingressar em uma universidade.

A raiz do problema, por conseguinte, advém da má qualidade de ensino das escolas públicas, tendo em vista que estas em sua maioria não são aptas a promover o ingresso de alunos nas universidades, a teor disso Leila Bellintani esclarece:

De acordo com dados do INEP-MEC, de cada quatro alunos que cumprem o ensino médio no Brasil, três são provenientes de escolas públicas. Em face deste quadro é que JOSÉ DE SOUZA MARTINS aduz que: “seria um equívoco se a adoção de cotas para negros nas universidades brasileiras tivesse por objetivo apenas resolver uma injustiça histórica. A universidade não é boa para isso, até porque essa não é sua função. De nada adianta adotar o regime de cotas na universidade, se a escola elementar e a escola média continuarem na indigência m que se encontram. A decadente qualidade de ensino nesses níveis de escolarização é que constitui umas das principais fábricas de injustiça social neste país, e não só de injustiça racial. A porta dos fundos não fará jus a ninguém. **Os alunos que são barrados no vestibular não o são por sua raça. Eles o são, negros ou brancos, porque não atingem o nível mínimo e básico de conhecimento para ingressar na universidade.** (grifo nosso)<sup>13</sup>

## ENTRE ASPAS

Seguindo este entendimento, o sistema de cotas não deve ser em razão da raça, mas sim da situação econômica, haja vista que o cerne da questão reside na má qualidade do ensino público, deste modo a política de cotas consiste em apenas uma das espécies de ações afirmativas, dentre inúmeras outras que podem ser adotadas com vistas a minorar as disparidades sociais.

O Supremo Tribunal Federal em decisão de relatoria do Min. **Ricardo Lewandowski se manifestou acerca do sistema de cotas da UNB (Universidade de Brasília), nessa senda vale colacionar trechos mais importantes do acórdão:**

DECISÃO: Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, proposta pelo partido político DEMOCRATAS (DEM), contra atos administrativos da Universidade de Brasília que instituíram o programa de cotas raciais para ingresso naquela universidade. Alega-se ofensa aos artigos 1º, caput e inciso III; 3º, inciso IV; 4º, inciso VIII; 5º, incisos I, II, XXXIII, XLII, LIV; 37, caput; 205; 207, caput; e 208, inciso V, da Constituição de 1988. A peça inicial defende, em síntese, que “(...) na presente hipótese, sucessivos atos estatais oriundos da Universidade de Brasília atingiram preceitos fundamentais diversos, na medida em que estipularam a criação da reserva de vagas de 20% para negros no acesso às vagas universais e instituíram verdadeiro ‘Tribunal Racial’, composto por pessoas não-identificadas e por meio do qual os direitos dos indivíduos ficariam, sorrateiramente, à mercê da discricionariedade dos componentes, (...)” (fl. 9). O autor esclarece, inicialmente, que **a presente arguição não visa a questionar a constitucionalidade de ações afirmativas como políticas necessárias para a inclusão de minorias, ou mesmo a adoção do modelo de Estado Social pelo Brasil e a existência de racismo, preconceito e discriminação na sociedade brasileira. Acentua, dessa forma, que a ação impugna, especificamente, a adoção de políticas afirmativas “racialistas”, nos moldes da adotada pela UnB, que entende inadequada para as especificidades brasileiras. Assim, a petição traz trechos em que se questiona se “a raça, isoladamente, pode ser considerada no Brasil um critério válido, legítimo, razoável, constitucional, de diferenciação entre o exercício de direitos dos cidadãos” (fl. 28). Defende o partido político, com isso, que o acesso aos direitos fundamentais no Brasil não é negado aos negros, mas aos pobres e que o problema econômico está atrelado à questão racial.. Afirma que o item 7 e os subitens do Edital nº 02/2009 do CESPE/ UNB violam o princípio da igualdade e da dignidade humana, na medida em que ressuscitam a crença de que é possível identificar a que raça pertence uma pessoa (fl. 29). Assim, indaga a respeito da constitucionalidade dos critérios utilizados pela comissão designada pelo CESPE para definir a “raça” do candidato, afirmando que saber quem é ou não negro vai muito além do fenótipo. A petição ressalta, ainda, que a aparência de uma pessoa diz muito pouco sobre a sua ancestralidade (fl. 30). Refere, com isso, que a “teoria compensatória”, que visa à reparação do dano causado pela escravidão, não pode ser aplicada**

num país miscigenado como o Brasil. Conclui, assim, que as cotas raciais instituídas pela UnB violam o princípio constitucional da proporcionalidade, por ofensa ao subprincípio da adequação, no que concerne à utilização da raça como critério diferenciador de direitos entre indivíduos, uma vez que é a pobreza que impede o acesso ao ensino superior (fl. 74). Sugere que um modelo que levasse em conta a renda em vez da cor da pele seria menos lesivo aos direitos fundamentais e também atingiria a finalidade pretendida de integrar os negros (fl. 75). **Trata-se do difícil problema quanto à legitimidade constitucional dos programas de ação afirmativa que implementam mecanismos de discriminação positiva para inclusão de minorias e determinados segmentos sociais.** O tema causa polêmica, tornando-se objeto de discussão, e a razão para tanto está no fato de que ele toca nas mais profundas concepções individuais e coletivas a respeito dos valores fundamentais da liberdade e da igualdade. De toda forma, é preciso enfatizar que, enquanto em muitos países o preconceito sempre foi uma questão étnica, no Brasil o problema vem associado a outros vários fatores, dentre os quais sobressai a posição ou o status cultural, social e econômico do indivíduo. **O questionamento feito pelo Partido Democratas (DEM) é de suma importância para o fortalecimento da democracia no Brasil. As questões e dúvidas levantadas são muito sérias, estão ligadas à identidade nacional, envolvem o próprio conceito que o brasileiro tem de si mesmo e demonstram a necessidade de promovermos a justiça social.** Somos ou não um país racista? Qual a forma mais adequada de combatermos o preconceito e a discriminação no Brasil? Desistimos da “Democracia Racial” ou podemos lutar para, por meio da eliminação do preconceito, torná-la uma realidade? Precisamos nos tornar uma “nação bicolor” para vencermos as “chagas” da escravidão? Até que ponto a exclusão social gera preconceito? O preconceito em razão da cor da pele está ligado ou não ao preconceito em razão da renda? Como tornar a Universidade Pública um espaço aberto a todos os brasileiros? Será a educação básica o verdadeiro instrumento apto a realizar a inclusão social que queremos: um país livre e igual, no qual as pessoas não sejam discriminadas pela cor de sua pele, pelo dinheiro em sua conta bancária, pelo seu gênero, pela sua opção sexual, pela sua idade, pela sua opção política, pela sua orientação religiosa, pela região do país onde moram etc.? Mas, enquanto essa mudança não vem, como alcançar essa amplitude democrática? Devemos nos perguntar, desde agora, como fazer para aproximar a atuação social, judicial, administrativa e legislativa às determinações constitucionais que concretizam os direitos fundamentais da liberdade, da igualdade e da fraternidade, nas suas mais diversas concretizações. Em relação ao ensino superior, o sistema de cotas raciais se apresenta como o mais adequado ao fim pretendido? As ações afirmativas raciais, que conjuguem o critério econômico, serão mais eficazes? Cotas baseadas unicamente na renda familiar ou apenas para os egressos do ensino público atingiriam

## ENTRE ASPAS

o mesmo fim de forma mais igualitária? Quais os critérios mais adequados para as peculiaridades da realidade brasileira? Embora a importância dos temas em debate mereça a apreciação célere desta Suprema Corte, neste momento não há urgência a justificar a concessão da medida liminar. O sistema de cotas raciais da UnB tem sido adotado desde o vestibular de 2004, renovando-se a cada semestre. A interposição da presente arguição ocorreu após a divulgação do resultado final do vestibular 2/2009, quando já encerrados os trabalhos da comissão avaliadora do sistema de cotas. Assim, por ora, não vislumbro qualquer razão para a medida cautelar de suspensão do registro (matrícula) dos alunos que foram aprovados no último vestibular da UnB ou para qualquer interferência no andamento dos trabalhos na universidade. Com essas breves considerações sobre o tema, indefiro o pedido de medida cautelar, ad referendum do Plenário. Publique-se. Comunique-se. Ante o término do período de férias do Tribunal, proceda-se à livre distribuição do processo<sup>14</sup>.

No supracitado acórdão o partido político Democratas questiona a raça como critério legítimo para promover diferenciação, assim afirmam que no Brasil a questão econômica está atrelada à questão racial, de forma que o acesso não é negado aos negros, mas sim aos pobres.

Merece ressaltar que o grande problema do acesso ao ensino superior é a falta de preparação por parte das classes economicamente inferiores, ademais os negros por questões históricas se inserem em sua maioria nas classes baixas, entretanto, aqueles de classe social mais abastada conseguem galgar ao ensino superior.

O entendimento perflhado pelo partido político DEM ao propor a ADPF é que as cotas raciais instituídas pela UnB violam o princípio constitucional da proporcionalidade, por ofensa ao subprincípio da adequação, no que concerne à utilização da raça como critério diferenciador de direitos entre indivíduos, uma vez que é a pobreza que impede o acesso ao ensino superior

A contrariedade proposta no presente tópico, portanto, não tem por referência a política de cotas, estas devem continuar a ser implementadas, enquanto o ensino de qualidade não consistir uma realidade brasileira, contudo, a reserva de vagas nas universidades deveria destinar-se aos estudantes de escolas públicas.

O critério da raça, por sua vez, não se mostra suficiente para promover a inserção de grupos que não tem acesso às universidades, visto que a situação econômica é fator que prepondera no país quanto ao ingresso no ensino superior.

## 6. Discriminação de Gênero

A discriminação de gênero é aquela que considera o gênero masculino ou feminino como fator distintivo de tratamento, sob esta perspectiva a prática mais comum de diferenciação é contra as mulheres, em virtude da tradição histórica de sociedade patriarcal.

No Brasil, com a Constituição de 1988 estabeleceu-se a igualdade entre homens e mulheres, conforme preceitua o art. 5º, I, devendo elucidar que essa igualdade em direitos e obrigações são estabelecidas nos termos da Constituição, haja vista que a própria carta constitucional estabelece algumas diferenças, a citar o art.7º, XVIII- licença gestante, bem como o art.201, §7º, I- que

## A REVISTA DA UNICORP

estabelece tempo de aposentadoria no regime geral de previdência social.

Com fulcro no princípio da igualdade, tal qual preconizado na Constituição de 1988, as Leis 9.100/95 e 9.504/97 preconizam cotas mínimas para candidatas mulheres em eleições, consistindo assim em verdadeiro avanço para a sociedade brasileira fruto do movimento feminista.

Vale trazer à baila o art. 10, §3º, da Lei nº 9.504/97 que estabelece a porcentagem de vagas para candidaturas de cada sexo em partidos políticos e coligações, *in verbis*:

Art. 10. Cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais, até cento e cinquenta por cento do número de lugares a preencher.  
§ 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009).

Ademais, o artigo 45, inciso IV, da Lei nº 9.096/1995, que trata da propaganda partidária gratuita determina: IV – promover e difundir a participação política feminina, dedicando às mulheres o tempo que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 10% (dez por cento).

Insta destacar que o §2º do artigo supramencionado traz punição para o partido que contrariar suas disposições, nessa esteira:

§ 2º O partido que contrariar o disposto neste artigo será punido: (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

I - quando a infração ocorrer nas transmissões em bloco, com a cassação do direito de transmissão no semestre seguinte; (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

II - quando a infração ocorrer nas transmissões em inserções, com a cassação de tempo equivalente a 5 (cinco) vezes ao da inserção ilícita, no semestre seguinte. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

Tais dispositivos legais representam a ascensão feminina no cenário político nacional, porquanto tornou imprescindível a participação de mulheres em partidos e coligações, de tal sorte que o descumprimento destes preceitos legais acarreta em sanção ao partido político.

Acerca da discriminação de gênero, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher aprovada pela Assembléia Geral da ONU, em 18 de setembro de 1979, preleciona:

Toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer campo.

Vale ressaltar que o Brasil é um dos países signatários desta Convenção, tendo sido assinado a presente no ano de 1981, com reservas na parte relativa à família, porém, após a

## ENTRE ASPAS

Constituição de 1988 que preconiza a igualdade como direito fundamental, a Convenção foi aceita plenamente sem qualquer reserva a um dos seus postulados<sup>15</sup>.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 foi inserido o §3º, ao art.5º da CF/88, assim dispõe o aludido dispositivo:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo)

Sobre este parágrafo há duas correntes doutrinárias no ordenamento jurídico pátrio, destarte, para a primeira a incorporação seria automática, desta forma a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, mesmo antes da Emenda nº 45/2004, por envolver temas de direitos humanos gozaria no ordenamento jurídico brasileiro de status constitucional.

Contrariamente há aqueles que perfilham do entendimento de ser necessário submeter os tratados ratificados anteriormente a este dispositivo ao procedimento estabelecido no texto constitucional, portanto, não haveria que se falar em incorporação automática.

Mister destacar que o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 466.343-SP, consagrou a tese do Min. Gilmar Mendes, qual seja os tratados já vigentes no Brasil, anteriores a emenda nº 45/2004, possuem valor supralegal, nesse sentido tais tratados estariam num nível superior ao direito ordinário<sup>16</sup>.

No ordenamento jurídico brasileiro vige atualmente o seguinte panorama, após a referida decisão do Supremo:

- a) tratados de direitos humanos não aprovados com *quorum* qualificado: valor supralegal;
- b) tratados de direitos humanos aprovados com *quorum* qualificado pelo Congresso Nacional: Valor de Emenda Constitucional (valor constitucional);
- c) tratados que não versam sobre direitos humanos: valor legal (tese da equiparação ou paridade);
- d) exceção a essa regra constitui eventual tratado sobre direito tributário (visto que ele goza de valor supralegal – CTN, art. 98)<sup>17</sup>.

O tratado internacional de discriminação contra a mulher representa grande avanço, porquanto as mulheres sempre foram alvo de discriminações ao longo da história da humanidade.

Em praticamente todas as civilizações, sejam elas antigas ou atuais, as mulheres sofrem com algum tipo de tratamento discriminatório, nas áreas política, econômica, social, cultural ou civil, nessa senda de acordo com o relatório de desenvolvimento humano do ano de 1995:

Segundo o relatório, não há um único país - incluindo os mais avançados e democráticos - em que as mulheres não sejam discriminadas. Elas trabalham mais que os homens e ganham menos; não têm as mesmas oportunidades de educação, mercado, ascensão social e liderança. A

despite das muitas conquistas alcançadas neste século, as mulheres continuam vitimadas por tradições culturais, guerras, exploração econômica, violência machista, abuso sexual, prostituição, estupro, aborto, fome, desprezo e discriminação geral. Os poderes masculinos ainda recusam a libertação das mulheres, oferecendo-lhes em troca um “feminismo holístico” e uma “dignificação da mulher” que só legitimam as injustiças acumuladas em séculos de História, atribuídas por má-fé à Natureza<sup>18</sup>.

Em referência a este relatório foi constatado que: 2/3 dos analfabetos do mundo são mulheres; apenas 10% da renda mundial são das mulheres; são donas de apenas 1% da terra; 70% dos miseráveis do mundo são mulheres.

Os dados apenas comprovam algo que é notório na sociedade, de que as mulheres são as principais vítimas de discriminação de gênero, assim malgrado estas tenham galgado ao longo dos anos inúmeras conquistas, a citar o direito de voto, a igualdade entre os sexos ainda está longe de ser concretizada.

No Brasil a participação feminina tem sido crescente nos diversos setores sociais, no mercado de trabalho constatou-se, entre 1981 e 2002, que a taxa de atividade feminina elevou-se de 32,9 para 46,6%, ou seja, um acréscimo de 13,7 pontos percentuais em 21 anos<sup>19</sup>.

Visando combater à discriminação de gênero no âmbito dos concursos públicos o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios pronunciou a seguinte decisão:

Mandado de Segurança. Concurso público. Cirurgião-dentista. Polícia militar do Distrito Federal. Nomeação de candidatas do sexo feminino. Legalidade. Princípio da isonomia. Recurso improvido. Unânime. Pode haver a discriminação por sexo em concurso público, contanto que guarde pertinência lógica entre o fato discriminante e a função a ser desempenhada. No entanto, não há justificativa para embasar tal distinção, pois inexistente incompatibilidade entre o sexo feminino e a função a ser desempenhada. O pleito ofende o princípio da isonomia consagrado pela Constituição Federal. (APC nº 1998.01.1.020368-4/TJDFT, 4ª Turma, Relator: Lecir Manoel da Luz, julgamento em 21.2.2000)<sup>20</sup>.

Resta sedimentado na jurisprudência pátria que há possibilidade do concurso público estabelecer critérios de distinção tais como sexo, idade, altura, desde que a diferenciação exigida tenha correlação direta com a função a ser exercida, do contrário a Administração estaria incorrendo em grave afronta ao princípio da igualdade.

Diante do exposto, a discriminação de gênero consiste em ofensa ao princípio da igualdade quando se tratar de medida desarrazoada, desproporcional, inadequada, outrossim, preconceituosa, todavia, quando a discriminação for pertinente e visando a inserção social não configurará desrespeito a isonomia.

### **7. Discriminação aos Portadores de Deficiência**

Tão notória quanto à discriminação de gênero é a referente aos portadores de deficiência, vítimas de preconceito desde os tempos antigos, através das lições de Aristóteles acerca dos nascimentos

## ENTRE ASPAS

infe-re-se o quão eram discriminadas as pessoas com deformidade física, de tal modo que as crianças nascidas com mutilação não poderiam ser criadas e a lei deveria determinar que fossem expostas<sup>21</sup>.

O principal fundamento à época considerava as mutilações e deformidades físicas como espécies de maldição, castigo ou mesmo punição, nesse sentido, o tratamento dispensado a estas pessoas colocava-os à margem da sociedade, isso se a lei não determinasse que a criança nascida com deficiência devesse ser morta.

Nessa conjuntura, este pensamento perdurou durante longos anos nas mais diversas civilizações, a citar Grécia e Roma Antiga, até mesmo na Bíblia (Antigo Testamento) foi perpetrada a discriminação aos deficientes físicos, observe-se o livro do Levítico que trata exclusivamente dos deveres sacerdotais e da legislação cerimonial, assim Moisés proclamou aos Israelitas (Lev. 21, 21-23):

Todo o homem da estirpe do sacerdote Arão, que tiver qualquer deformidade (*corporal*), não se aproximará a oferecer hóstias ao Senhor, nem pães ao seu Deus; comerá, todavia, dos pães que se oferecem no santuário, contanto, porém, que não entre do véu para dentro, nem chegue ao altar, porque tem defeito, e não deve contaminar o meu santuário<sup>22</sup>.

A discriminação sofrida pelos portadores de deficiência, conforme se depreende tem origem remota, nesse aspecto se assemelha à discriminação sofrida pelas mulheres, destarte, ambas as discriminações são fruto de longa tradição histórico-cultural.

Nas lições de Renata Malta Villas-Bôas somente com o advento da 2ª Guerra Mundial, no qual centenas de homens restaram mutilados, a visão sobre os deficientes passou a ser modificada, sendo encarada, pois como sinal de bravura e heroísmo<sup>23</sup>.

Cabe ressaltar que em 9 de dezembro de 1975 foi aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas a “Declaração dos Direitos dos Deficientes”, que enuncia no art. 1º:

O termo “pessoas deficientes” refere-se a qualquer incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais.

Anteriormente a promulgação da Constituição de 1988 foi sancionada e publicada a Lei 7.405/85, responsável por tornar obrigatória a colocação do “Símbolo Internacional de Acesso” em todos os locais e serviços que permitam sua utilização por pessoas portadoras de deficiência.

Conforme mencionado alhures a Constituição de 1988, denominada de Constituição Cidadã, sobretudo pelo rol de garantias fundamentais, consagrou no ordenamento jurídico pátrio o princípio da igualdade, nessa senda dispensou especial proteção aos portadores de deficiência.

Insta destacar, desse modo, o art. 37, VIII, que prevê reserva de vagas em cargos e empregos públicos na Administração Pública para pessoas portadoras de deficiência, devendo a lei definir o percentual, bem como os critérios de sua admissão.

Diversos artigos constitucionais asseguram direitos aos portadores de deficiência, nessa esteira:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

## A REVISTA DA UNICORP

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

Art. 227, § 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

Não há dúvida que o legislador de 1988 conferiu especial proteção aos portadores de deficiência, porquanto há intensa discriminação nos diversos setores sociais contra estas pessoas, principalmente no ambiente laboral.

Desta maneira, além de políticas afirmativas que visassem inserir os portadores de deficiência na sociedade, houve a necessidade de assegurar constitucionalmente, assim como por leis ordinárias os direitos destes.

Em 1989 a Lei nº 7.853 dispôs sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.

No ano de 2000 publicou-se a Lei nº 10.098 que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências, bem como a Lei 10.048 que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e outras providências.

Impende mencionar que em 2001 o Brasil promulgou por intermédio do Decreto nº 3.956, a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação

contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, consistindo assim em mais uma importante garantia aos direitos dos portadores de deficiência física.

Aos portadores de deficiência foram asseguradas discriminações positivas, uma vez que o tratamento diferenciado restou inserido em normas, porém, políticas afirmativas são importantes para garantir de forma efetiva a inserção destas pessoas nos setores político, econômico, social, cultural e civil.

### 8. Ações Afirmativas sob a Ótica do Princípio da Igualdade

O estudo das ações afirmativas é comumente atrelado ao sistema de cotas, diante da grande repercussão social que este último tema provoca, todavia, necessário ampliar o objeto de estudo para tratar de outras perspectivas.

Seguindo este entendimento merece trazer à baila o posicionamento do Ministro Joaquim Barbosa Gomes:

A desinformação fez com que o debate sobre as ações afirmativas tenha se iniciado no Brasil de maneira equivocada. Confunde-se ação afirmativa com sistema de cotas, quando, na realidade, as cotas constituem apenas um dos modos de implementação de políticas de ações afirmativas<sup>24</sup>.

Nesse diapasão, a discussão acerca da violação ou não ao princípio da igualdade ganha espaço, tendo em vista a carência de referencial teórico que tenha por objetivo desatrelar o tema das ações afirmativas ao sistema de cotas.

Assim, no presente trabalho pretende-se estudar estas ações sob a perspectiva do princípio da igualdade, por entender que este viés doutrinário merece maior destaque, porquanto se propõe a estudar o tema com maior profundidade.

A idéia de igualdade é imanente aos seres humanos, não obstante haja o reconhecimento de que os homens nascem desiguais, porém, incumbe ao Estado buscar amenizar as desigualdades sociais implementado a chamada igualdade jurídica, ocorre que a consecução deste objetivo consiste em tarefa árdua.

Nesse contexto a implantação de ações discriminatórias na sociedade causa sempre grande polêmica, destarte, as ações afirmativas não fugiram a esta regra, deste modo existem os que a defendem baseados na idéia de inserção dos grupos discriminados, bem como os que a repudiam, sob o argumento de que tais medidas acirram ainda mais as diferenças.

Atrelado a esta idéia Joseph Barthémlemy traduz o seguinte pensamento acerca da igualdade:

O sentimento mais poderoso nas democracias é a igualdade. Passa à frente de todos os outros. É mais fácil privar um povo da sua liberdade que da sua igualdade. Há consolo em ser escravo, quando todos os são. Há resignação mesmo à miséria, uma vez que todo mundo nela esteja<sup>25</sup>.

Insta observar que a igualdade é princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido garantida constitucionalmente a todos os cidadãos, portanto, perante a lei esta foi assegurada, a questão, contudo, encontra entrave ao se deparar com a realidade brasileira, na qual esta se traduz em objetivo a ser alcançado.

Assegurar a igualdade não é suficiente, imperioso ir além, no sentido de viabilizar a aplicação deste princípio, através da criação de oportunidades que visem à inserção dos grupos discriminados.

A igualdade preconizada no texto constitucional encabeça o art. 5º, no rol dos direitos e garantias fundamentais, sendo expresso da seguinte forma:

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:

A doutrina costuma distinguir o citado princípio em igualdade formal e material, assim a igualdade formal tem por referência à lei, como expresso acima pelo texto constitucional, segundo lições de Sidney Madrugá<sup>26</sup>.

Por outro lado, a igualdade material consoante entendimento de Renata Vilas-Bôas se traduz: “Para o princípio da igualdade material, o qual decorre da necessidade de tratamento prioritário e diferenciado àqueles grupos ou pessoas que são carecedores da igualdade, em razão de circunstâncias específicas”<sup>27</sup>.

A igualdade material, desse modo, consiste na concretização dos postulados da igualdade preconizada por lei, é aquela que busca promover a real igualdade, materializar os preceitos da norma abstrata.

Dentro desse referencial de igualdade material se insere o tema das ações afirmativas, visto que implantação destas ações tem como substrato jurídico o princípio da igualdade. Sustenta o insigne Min. Joaquim Barbosa:

Além do ideal de concretização da igualdade de oportunidades, figuraria entre os objetivos almejados com as políticas afirmativas o de introduzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a idéia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação à outra, do homem em relação à mulher<sup>28</sup>.

Convém ressaltar que as ações afirmativas, muito embora, sejam constantemente chamadas de discriminações positivas, com elas não se confundem, já que estas visam inserir na norma tratamento diferenciado, diferentemente das ações afirmativas que buscam na prática promover esta distinção, conforme visto anteriormente.

As ações afirmativas constituem uma política social temporária, promovidas tanto pelas entidades públicas, bem como por entidades privadas, cujo objetivo se traduz na busca da integração de determinados grupos à sociedade<sup>29</sup>.

A utilização de ações afirmativas deve perdurar até que os seus objetivos sejam atingidos, assim justifica-se o caráter temporário destas políticas, haja vista que a protelação desnecessária enseja violação ao princípio da igualdade.

No que tange a implantação de ações afirmativas, mister ressaltar que não somente os entes estatais possuem possibilidade de promovê-las, já que pode se verificar ações afirmativas de iniciativa dos organismos privados.

Outrossim, merece elucidar o Projeto Geração XXI de iniciativa do Bank Boston, a ONG Geledés, o Instituto da Mulher Negra e a Fundação Cultural Palmares, com apoio da UNESCO, visando à educação de jovens negros até o fim do ensino superior<sup>30</sup>.

## ENTRE ASPAS

A adoção de ações afirmativas pode ser traduzida através da famigerada máxima aristotélica na qual: “devemos tratar os iguais igualmente e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades”, daí a necessidade de criação de mecanismos diferenciadores para determinados grupos sociais.

Quando se imprime critério diferenciador na sociedade para categorias discriminadas o escopo é a consecução dos pilares do princípio da igualdade e não a sua violação, contudo, ao excluir pessoas que deveriam receber o tratamento diferenciado ou mesmo incluir àqueles que dele não necessitam, nestas situações estar-se-ia violando o princípio da igualdade.

Igualmente, malgrado as ações afirmativas objetivem a promoção da igualdade em seu sentido material, existem requisitos a serem observados, nessa esteira a não observância a qualquer deles enseja uma violação ao princípio da igualdade.

Nesse sentido, enuncia Renata Malta Vilas-Bôas os seguintes requisitos de observância obrigatória:

- a) a norma criada não venha a atingir a um só indivíduo, ou seja, esteja em consonância com os princípios da generalidade e abstração da norma jurídica;
- b) realmente exista nas pessoas, coisas ou situações diferenciais existentes e a distinção que foi estabelecida;
- c) há uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção que foi estabelecida;
- d) esta distinção estabelecida precisa ter um valor positivo, dentro do estabelecido pelo nosso ordenamento jurídico, através da Constituição Federal<sup>31</sup>;

No que tange ao requisito da letra “a”, vale ressaltar que a criação de uma norma com teor de tratamento diferenciado consiste na chamada discriminação positiva, deste modo a norma não deve ser destinada a indivíduos específicos, mas a determinadas categorias ou grupos sociais discriminados.

É preciso notar também que a adoção de ações afirmativas deve ter por base critérios reais de diferenciação, de igual forma devem tais critérios se coadunar às medidas adotadas, sob pena de configurar violação ao preceito constitucional da igualdade.

A teor disto, uma das faces do princípio da igualdade se traduz na proibição do arbítrio, nesse desíderato a elaboração de normas não podem violar preceitos constitucionais, de modo que não é permitido para situações desiguais tratamento igualitário, assim como para situações iguais tratamento desigual<sup>32</sup>.

Decerto que o legislador tem sua discricionariedade e utiliza de critérios valorativos na criação de determinadas normas, ocorre que é vedado agir com arbitrariedade, para tanto a aprovação de uma norma perpassa pelo crivo de Comissões especializadas, no Senado e na Câmara dos Deputados, com o fito de vedar os arbítrios.

O Judiciário também pode exercer este controle quando da observância de determinadas normas, dessarte, sua apreciação cinge-se a verificação de constitucionalidade, quanto à discricionariedade do legislador este não poderá intervir<sup>33</sup>.

É preciso observar que embora a Constituição Federal no art. 3º, inciso IV, enuncie como um dos objetivos da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, tal preceito não consiste em entrave à adoção de ações afirmativas.

A determinação constante neste artigo propõe uma ação negativa, qual seja a de não

promover discriminação, todavia, constatou-se que este simples preceito não é capaz de impedir quaisquer tipos de tratamento discriminatório, pois que era preciso criar ações de caráter positivo.

Nesse desiderato, a simples formalização da vedação de tratamento discriminatório não se mostrou suficiente para amenizar as disparidades sociais, razão pela qual as ações afirmativas têm assumido este mister, tendo em vista que seu papel maior é a promoção da igualdade material ou de resultados.

### 9. Considerações Finais

O princípio da igualdade constitui garantia fundamental, estendendo-se a todos os cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no país, a igualdade então preconizada no texto constitucional se enquadra na distinção feita pelos doutrinadores entre igualdade formal e material.

Nesse sentido, a CF/88 buscou assegurar a todos os cidadãos a igualdade formal, ou seja, conferir a todos a igualdade perante a lei, entretanto, a igualdade material é aquela que busca efetivar os postulados da igualdade legal.

Outrossim, o princípio da igualdade não consiste apenas na vedação de tratamento discriminatório, já que se assim o fosse não atenderia ao objetivo preconizado no texto constitucional.

Dentro dessa perspectiva, a igualdade plena é aquela que possui ambos os aspectos, tanto o formal quanto o material, deste modo as ações afirmativas tem por objetivo concretizar a igualdade material, já que promove distinções de tratamento a determinados grupos sociais considerados desiguais socialmente.

Destarte, as ações afirmativas consistem na máxima aristotélica de que devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida das suas desigualdades.

A própria Constituição Federal, não obstante pregar a igualdade a todos perante a lei confere, por vezes, tratamento diferenciado, a fim de garantir o acesso de determinados grupos no âmbito social, a citar os portadores de deficiência, idosos e mulheres.

Garantir a igualdade jurídica não é assaz para impedir a discriminação na sociedade, trata-se apenas do primeiro passo para efetivação da isonomia, imperioso que haja cada vez mais a promoção de políticas públicas e privadas, com o fito de inserir categorias discriminadas.

De igual forma, tais políticas positivas devem ser coadunadas a realidade social brasileira, portanto, não basta ao Brasil importar o modelo estadunidense de ações afirmativas, já que são países com antecedentes históricos bem distintos.

Arraigado nesse contexto, perfilhamos do entendimento de que as ações afirmativas podem ser traduzidas como importante veículo condutor para a consecução dos postulados da igualdade.

Por outro lado, premente ressaltar que as ações afirmativas não constituem em solução para as mazelas sociais, tendo em vista o seu caráter transitório, temporário, vale ratificar que são importantes instrumentos de efetivação da igualdade, no entanto, somente quando a sociedade modificar seu modo de agir e pensar perante as minorias é que o preconceito será extinto.

### Referências

---

ANDREWS, George Reid. Ação afirmativa: um Modelo para o Brasil? In: SOUZA, Jessé. (Org). *Multiculturalismo e Racismo. Uma comparação Brasil- Estados Unidos*. Brasília: Paralelo15, p.137-144.

## ENTRE ASPAS

BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação Afirmativa e os Princípios do Direito: A questão das quotas raciais para ingresso no Ensino Superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher*. Disponível em: <http://www.ipas.org.br/thamas/convecaodis.html>. Acesso em: 10 dez. 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O Direito à Diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadores de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/dlo/cej/gpd/mulher.html>. Acesso em: 10 jan.2010.

DALLASTA, Viviane Ceolin. *A situação das pessoas portadoras de deficiência física. Cotejo entre os instrumentos teóricos existentes e as limitações impostas por uma infra-estrutura urbana inadequada e excludente*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1108, 14 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8632>>. Acesso em: 07 fev. 2010.

GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro e São Paulo: 1ª Edição, 2001.

HOFFMANN, Rodolfo; LEONE, Eugênia Troncoso. *Participação da mulher no mercado de trabalho e desigualdade da renda domiciliar per capita no Brasil: 1981-2002*. Disponível em: <http://www.face.ufmg.br/novaeconomia/sumarios/v14n2/140202.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2010.

KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. 7ª Tiragem. São Paulo: Malheiros., 2000.

MELO, Mônica de. O Princípio da Igualdade à Luz das Ações Afirmativas: O Enfoque da Discriminação Positiva. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 6, n.25, p. 79-100, out/dez., 1998.

MENDES, GONET et COELHO. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENEZES, Paulo Lucena de. *A Ação Afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte-Americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MENEZES, Roberta Fragozo de Medeiros. As Ações Afirmativas no Direito Brasileiro. In: *Estudos de Direito Público. Direitos Fundamentais e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Síntese.

MOTTA, Sylvio. *A hierarquia legal dos tratados internacionais*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-set-18/convencao-direitos-pessoas-deficiencia-status-ec>. Acesso em: 12 dez.2009.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. *Revista de Informação legislativa*, Brasília, n.33, p.283-297, jul/set, 1996.

SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira*. Brasília:

Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. ed. 18. São Paulo: Malheiros, 2000.

*Sistema de cotas para negros amplia debate sobre racismo*. Disponível em: <http://www.comciencia.br/reportagens/negros/06.shtml>. Acesso em: 02 jan. 2010.

SOWELL, Thomas. *A Ação Afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico*. Tradução de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: UniverCidade.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*. 2a Ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2000.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Ações afirmativas: e o princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: América, 2003.

### Notas

---

<sup>1</sup> KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.p.211.

<sup>2</sup> Idem.Ibidem.p.208.

<sup>3</sup> KAUFMANN.Op.cit.p.170.

<sup>4</sup> Idem.Ibidem.p.175.

<sup>5</sup> KAUFMANN.Op.cit.p.221-225.

<sup>6</sup> Idem.ibidem.p.225.

<sup>7</sup> GOMES, Joaquim Barbosa apud BELLINTANI.Op.cit.p.47.

<sup>8</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes apud BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação Afirmativa e os Princípios do Direito: A questão das quotas raciais para ingresso no Ensino Superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p.47.

<sup>9</sup> BELLINTANI.Op.cit.p.54.

<sup>10</sup> *Sistema de cotas para negros amplia debate sobre racismo*. Disponível em: <http://www.comciencia.br/reportagens/negros/06.shtml>. Acesso em: 02 jan. 2010.

<sup>11</sup> KAUFMANN.Op.cit.p.227.

<sup>12</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes apud BELLINTANI. Op.cit.p.250.

<sup>13</sup> BELLINTANI. Op.cit.p.253.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186 MC / DF - DISTRITO FEDERAL. Democratas-Dem e Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília e Outros. Relator: Min. Ricardo Lewandowski.31 de julho de 2009. In: *Diário da Justiça da União, Brasília, 07 ag.2009*.

<sup>15</sup> *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher*. Disponível em: <http://www.ipas.org.br/rhomas/convecaodis.html>. Acesso em: 10 dez. 2009.

<sup>16</sup> MOTTA, Sylvio. *A hierarquia legal dos tratados internacionais*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-set-18/convencao-direitos-pessoas-deficiencia-status-ec>. Acesso em: 12 dez.2009.

<sup>17</sup> GOMES, Luís Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional?.* Revista de Direito. Vol. XII, nº 15, ano 2009.

<sup>18</sup> Disponível em: <http://www.flch.usp.br/dlo/cej/gpd/mulher.html>. Acesso em: 10 jan.2010.

<sup>19</sup> HOFFMANN, Rodolfo; Leone, Eugênia Troncoso. *Participação da mulher no mercado de trabalho e desigualdade*

## ENTRE ASPAS

da renda domiciliar per capita no Brasil: 1981-2002. Disponível em: <http://www.face.ufmg.br/novaeconomia/sumarios/v14n2/140202.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2010.

<sup>20</sup> VILAS-BÔAS, Renata Malta. Ações afirmativas: e o princípio da igualdade. Rio de Janeiro: América, 2003.p.70.

<sup>21</sup> VILAS-BÔAS, Op.cit.p.75.

<sup>22</sup> DALLASTA, Viviane Ceolin. A situação das pessoas portadoras de deficiência física. Cotejo entre os instrumentos teóricos existentes e as limitações impostas por uma infra-estrutura urbana inadequada e excludente. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1108, 14 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8632>>. Acesso em: 07 fev. 2010.

<sup>23</sup> VILLAS-BÔAS. Op.cit.p.75.

<sup>24</sup> GOMES, Joaquim Barbosa. Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro e São Paulo: 1ª Edição, 2001.p.40.

<sup>25</sup> BARTHÉMLEMY, Joseph apud VILAS-BÔAS. Op. cit.p.01.

<sup>26</sup> SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Apud SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.p.32.

<sup>27</sup> VILAS-BÔAS. Op.cit.p.21.

<sup>28</sup> GOMES.Op.cit.p.30

<sup>29</sup> KAUFMANN.Op.cit.p.220.

<sup>30</sup> SILVA.Op.cit.61.

<sup>31</sup> VILLAS-BÔAS.Op.cit.p.29.

<sup>32</sup> BELLINTANI.Op.cit.p.35.

<sup>33</sup> Idem.ibidem. p.36.