

## AÇÕES AFIRMATIVAS: POLÍTICAS DE INCLUSÃO SOCIAL E DE EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA<sup>1</sup>

*AFFIRMATIVE ACTION: SOCIAL INCLUSION POLICIES AND IMPLEMENTATION OF THE PRINCIPLES OF EQUALITY AND HUMAN DIGNITY*

*Vanessa da Silva Moraes<sup>2</sup>*  
Bacharel em Direito

**RESUMO:** A presente pesquisa tem por escopo estudar, sob o ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro, as políticas de ação afirmativa, cujo objetivo principal consiste em diminuir as desigualdades sócio-econômicas existentes entre diferentes grupos por meio de estratégias de favorecimento, as quais se direcionam àqueles que sempre foram desfavorecidos social e economicamente. Para tanto, tais políticas de discriminação positiva serão analisadas frente aos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, a fim de verificar se as ações afirmativas se constituem em meios de efetivação desses princípios. Ainda, diante de todas

as discussões que a sua implementação acaba gerando, será analisada a constitucionalidade dessas políticas no ordenamento jurídico pátrio.

**PALAVRAS-CHAVE:** ações afirmativas, igualdade, dignidade da pessoa humana, discriminação positiva.

**ABSTRACT:** *This research aims at studying, under the terms of the Brazilian legal system, policies of affirmative action, whose main objective is to reduce socioeconomic inequalities between different groups through strategies of favoritism, which are directed those who have always been socially and economically disadvantaged. To do so, such policies of positive discrimination will*

*be considered ahead with the constitutional principles of equality and human dignity in order to verify if affirmative actions are constituted by means of realization of these principles. Still, before all the discussions that have been generating its implementation, will be considered the constitutionality of these policies in Brazilian law.*

**KEYWORDS:** *affirmative action, equality, human dignity, positive discrimination.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 As ações afirmativas no ordenamento jurídico brasileiro. 2 Os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana como norteadores das ações afirmativas. Conclusão. Referências.

**SUMMARY:** *Introduction. 1 Affirmative action in the Brazilian legal system. 2 The principles of equality and human dignity as guiding of affirmative actions. Conclusion. References.*

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará a temática das ações afirmativas no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a fim de verificar se essas políticas, apesar de muito hostilizadas por grande parte da sociedade, podem ser utilizadas como instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais daqueles que historicamente foram discriminados e mantidos à margem da sociedade, em virtude de características biológicas específicas ou de sua condição socioeconômica.

Para isso, far-se-á uma análise das políticas de discriminação positiva, como também são chamadas essas políticas, frente aos princípios da igualdade, previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, e da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil, disposto no art. 1º, inciso III, da Lei Maior.

Além disso, será apreciada a constitucionalidade dessas políticas, que visam diminuir as desigualdades sócio-econômicas entre diferentes grupos por meio de estratégias de favorecimento direcionadas àqueles que sempre foram menos favorecidos social e economicamente.

O trabalho se organizará em dois capítulos. O primeiro deles apresentará o conceito e os objetivos das ações afirmativas, bem como elencará as estratégias para diminuição das diferenças adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Discutirá, também, a (in)constitucionalidade dessas medidas, dando especial enfoque à política de cotas para negros nas universidades públicas.

O segundo capítulo versará sobre as ações afirmativas sob o ponto de vista dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

<sup>1</sup> Trabalho vencedor do Prêmio AJURIS Direitos Humanos, Edição 2008, selecionado em substituição ao anteriormente publicado (A descriminalização do aborto do feto anencefálico como garantia aos direitos fundamentais da gestante, edição 113, de março de 2009, p. 397 a 416), cuja autoria intelectual fica aqui devidamente creditada para Maíra Fernandes. Advogada criminal, Presidente da Comissão de Bioética e Biodireito da OAB/RJ e Membro do CLADEM (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher).

<sup>2</sup> 7º Semestre do Curso de Direito da Faculdade Meridional - IMED - de Passo Fundo (na época da edição do concurso de 2008).

Com isso, será possível, ao final do estudo, concluir se as ações afirmativas são capazes, ou não, de promover a inclusão de grupos que foram excluídos da sociedade ao longo da história, bem como de promover a efetivação dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, os quais são pilares da sociedade atual.

## 1 AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Durante os anos, os maiores conflitos da história começaram tendo em comum a ideia de supremacia de um povo sobre o outro. Foi pela ideia de superioridade da raça ariana que mais de seis milhões de negros, judeus, homossexuais, portadores de deficiência, entre outras minorias, foram exterminados por Adolf Hitler e seus seguidores, em campos de concentração durante a Segunda Guerra Mundial.

Não bastasse isso, em seus seis anos de duração (1939-1945), a segunda grande guerra, maior catástrofe provocada pelo homem, levou à morte mais de cinquenta milhões de pessoas e deixou outros vinte e oito milhões de mutilados.

Assustadas com os horrores da guerra e temendo pela sua repetição, cento e noventa e duas nações do mundo se reuniram, a fim de assegurar que os direitos do homem não mais seriam violados daquela forma, assinando, em 1948, a Carta das Nações Unidas, que criou a Organização das Nações Unidas (ONU), cujo principal objetivo era, além do restabelecimento da paz, evitar uma nova guerra mundial.

De acordo com Richard Bilder (1992 *apud* PIOVESAN, 1998):

*“muitos dos direitos que hoje constam do “Direito Internacional dos Direitos Humanos” surgiram apenas em 1945, quando, com as implicações do holocausto e de outras violações dos Direitos Humanos cometidas pelo nazismo, as nações do mundo decidiram que a promoção de Direitos Humanos e liberdades fundamentais deve ser um dos principais propósitos da ONU.”*

Assim, em 10 de dezembro de 1948, foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), cujo preâmbulo ressalta que:

*“Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de*

*viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum. [...]”*

A proteção dos Direitos Humanos e fundamentais por meio da DUDH, inicialmente, visava tratar o indivíduo de forma genérica. Esclarece Piovesan que “a primeira fase de proteção dos direitos humanos foi marcada pela tônica da proteção geral, que expressava o temor da diferença (que no nazismo havia sido orientada para o extermínio) com base na igualdade formal”. (2005, p. 46). Tal tratamento ao indivíduo foi essencial naquela circunstância, dados os efeitos devastadores causados pela negação à igualdade entre os homens durante a Segunda Guerra.

No entanto, passada essa primeira fase, fez-se necessária a especificação do sujeito de direito, dadas as peculiaridades e particularidades de cada indivíduo. Em razão disso, surgiu a “necessidade de conferir a determinados grupos uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade. Isso significa que a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para sua promoção”. (PIOVESAN, 2005, p.46).

Com isso, tornou-se imprescindível a implementação de políticas direcionadas a certos grupos que, devido a algumas características próprias ou à sua condição socioeconômica, necessitam de proteção específica. Surgem, assim, as chamadas ações afirmativas.

### 1.1 CONCEITO E OBJETIVO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

De acordo com Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 40), denominam-se ações afirmativas

*“o conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como educação e o emprego.”*

Essas políticas têm vistas “à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito”. (GOMES, 2001, p. 41).

Entende Álvaro Ricardo Souza Cruz (2005, p.143) que as ações afirmativas são, “portanto, atos de discriminação lícitos e necessários à ação comunicativa

da sociedade. Logo, não devem ser vistos como ‘esmolas’ ou ‘clientelismo’, mas como um elemento essencial à conformação do Estado Democrático de Direito”.

Para Piovesan (2005, p.49),

*as ações afirmativas, como políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado de discriminação, cumprem uma finalidade pública decisiva para o projeto democrático: assegurar a diversidade e a pluralidade social. Constituem medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, com a crença de que a igualdade deve moldar-se no respeito à diferença e à diversidade. Por meio delas transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva.*

As ações afirmativas, também chamadas de políticas de discriminação positiva, destinam-se, portanto, às minorias<sup>3</sup> socialmente inferiorizadas e objetivam, por meio de políticas de favorecimento, fazer com que essas minorias tenham as mesmas oportunidades que os demais, permitindo-lhes competir de igual para igual com aqueles que sempre detiveram o poder e as colocaram numa situação de marginalização.

Nesse sentido, GOMES (2003, p. 30) refere que:

*Além do ideal de concretização da igualdade de oportunidades, figuraria entre os objetivos almejados com as políticas afirmativas o de induzir 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. [...] De um lado, essas políticas simbolizariam o reconhecimento oficial da persistência e da perenidade das práticas discriminatórias e da necessidade de sua eliminação. De outro, elas teriam também por meta atingir objetivos de natureza cultural, eis que delas inevitavelmente resultam a trivialização, a banalização, na polis, da necessidade e da utilidade de políticas públicas voltadas à implantação do pluralismo e da diversidade.*

O autor diz também que entre as metas das ações afirmativas está a “implantação de uma certa diversidade e de uma maior representatividade dos grupos minoritários nos mais diversos domínios da atividade pública e privada”. (GOMES, 2003, p. 30). Com isso, torna-se possível “eliminar as barreiras artificiais e invisíveis que emperram o avanço de negros e mulheres, independentemente da

<sup>3</sup> Nas palavras de Carmen Lúcia Antunes Rocha (1996, 87 – grifo da autora), “não se toma a expressão minoria no sentido quantitativo, senão no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detêm o poder”.

existência ou não de política oficial tendente a subalternizá-los”. (GOMES, 2003, p. 30 – grifos do autor).

Frisa-se ainda que, segundo alguns autores, essas políticas têm um caráter temporário, posto que, uma vez atingidos os objetivos para as quais foram criadas e para o tempo a que se destinam, serão extintas.

## 1.2 AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para a implementação das ações afirmativas, além do sistema de cotas, podem ser adotadas pelos Estados medidas de estabelecimento de preferências, de sistema de bônus e de incentivos fiscais, voltados à erradicação do preconceito e à aproximação dos excluídos do ensino superior e do mercado de trabalho.

Muitos países adotam essas medidas, todos com o mesmo fim: erradicar os efeitos presentes de discriminações ocorridas no passado.

Em voto proferido em Mandado de Segurança (processo nº 2005.70.00.008336-7/PR), a Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, citou algumas políticas afirmativas implantadas em outros Estados:

*o Canadá estabelece “tratamento preferencial” para mulheres, portadores de necessidades especiais, aborígenes e “minorias visíveis”, sendo de destacar que, nos territórios do noroeste, aos aborígenes são dadas preferências para empregos e educação com “status P1”, não-aborígenes status P2 e homens, status “P3”. A Índia, que aboliu o sistema de castas, constitucionalmente, em 1949, estabeleceu um programa de ação afirmativa para os “dalits” (os tidos como “intocáveis” até o sistema constitucional anterior). A Malásia, por sua vez, desde os conflitos raciais de 1969, contra o controle da atividade comercial pelas minorias chinesa e indiana, adotou políticas de cotas para ingresso no serviço público, no trabalho e na educação, de forma a beneficiar malaios (50% da população) e a população aborigene do país, o que se convencionou denominar “Bumiputra policy”. Na Nova Zelândia, os maoris e descendentes de polinésios tem acesso preferencial aos cursos universitários. Na África do Sul, 80% dos novos empregos são reservados para negros, além de políticas específicas para mulheres brancas, portadores de necessidades especiais e população de áreas rurais.*

No Brasil, várias medidas vem sendo tomadas, por exemplo, para garantir o acesso de portadores de deficiência ao mercado de trabalho, nos setores públicos e privados; para assegurar a participação das mulheres nos processos

eleitorais; para possibilitar o ingresso de estudantes carentes ao ensino superior em instituições particulares.

Elas estão previstas, entre outros casos:

a) na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT - Decreto-Lei 5.452/43), que determina, em seu art. 354, que dois terços dos empregados de empresas individuais ou coletivas serão brasileiros;

b) no art. 392 da CLT, que garante à mulher o direito à licença-maternidade, sem prejuízo de emprego ou salário;

c) na Lei 11.096/05, que instituiu o Programa Universidade para Todos (Prouni);

d) na Lei 8.112/90, que trata do Estatuto do Servidor Público Federal, no qual, em seu art. 5º, § 2º, há reserva de 20% das vagas para os portadores de deficiências no serviço público civil da união;

e) na Lei 8.213/91, que fixou, em seu art. 93, cotas para os portadores de deficiência no setor privado;

f) na Lei 9.504/97, que determinou, em seu art. 10, § 3º, cotas para mulheres nas candidaturas partidárias, ao definir que cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento do número de vagas para candidaturas de cada sexo.

Além dessas políticas, não se pode deixar de mencionar a criação de cotas para negros e estudantes de escolas públicas nas instituições públicas de ensino superior.

### 1.3 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Muitas são as discussões acerca da inconstitucionalidade das ações afirmativas, forte no argumento de que essas políticas vão de encontro ao princípio da isonomia, previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, ao favorecer determinados grupos – grupos esses que sempre tiveram seu ingresso no mercado de trabalho e nas instituições de ensino superior dificultado pela sociedade em geral.

No entanto, conforme se verifica na obra de Gomes, o art. 5º da Constituição Federal não pode ser visto como proibitivo à adoção de ações afirmativas. Na opinião do autor, a visão de que essas políticas são inconstitucionais é motivada por dois equívocos básicos: 1º) o não entendimento do caráter cidadão da

Constituição de 1988, expresso sobretudo nos art. 3º, incisos I e III; art. 7º; art. 170, incisos VII; e 2º) o desconhecimento de que a igualdade a que se refere a constituição não é meramente uma igualdade formal, e sim uma igualdade<sup>4</sup> efetiva. (GOMES, 2003, p. 40).

Verifica-se, com isso, que a própria Constituição determina situações em que as ações afirmativas são cabíveis, tais como:

a) a proteção ao mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX);

b) a reserva de vagas em cargos públicos para pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII).

Nesse sentido, tendo a Constituição aberto a possibilidade de adoção de medidas compensatórias para grupos historicamente desfavorecidos socialmente, pode-se concluir, por uma interpretação extensiva da norma, que a todas as demais minorias são aplicáveis políticas afirmativas, a fim de garantir-lhes o alcance da igualdade material. Caso assim não fosse, estar-se-ia discriminando uma minoria em detrimento da outra.

Além disso, o preâmbulo da Constituição esclarece a que se destina a instituição de um Estado Democrático de Direito: “a assegurar o *exercício dos direitos sociais* e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como *valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*” (BRASIL, 2007 – grifo nosso). Sendo as ações afirmativas medidas de equiparação sócio-econômicas, destinadas a possibilitar que grupos que hoje representam minorias inferiorizadas exerçam, satisfatoriamente, seus direitos sociais, a fim de construir uma sociedade pluralista e sem preconceito, pode-se concluir que elas estão abrangidas pelo texto constitucional.

Face ao exposto, é descabido falar-se em inconstitucionalidade das ações afirmativas.

### 1.4 AS COTAS PARA NEGROS: DIFERENTES POSICIONAMENTOS

Embora haja muita discussão acerca da (in)constitucionalidade e até mesmo da justiça das ações afirmativas, verifica-se que as políticas que, de longe, despertam mais irrisignação em grande parcela da sociedade e geram mais polêmica são as cotas para negros nas universidades públicas.

<sup>4</sup> Quanto ao princípio da igualdade, será abordado de forma mais detida no segundo capítulo.

Por essa razão, não se poderia deixar de lançar, na presente pesquisa, um olhar mais atento a essa política em específico.

Interessante observar que, quando se trata de cotas para os negros, a discussão é fervorosa. Manifestações acaloradas são realizadas, pedindo o fim do ingresso facilitado de negros no ensino superior. Mas por que tanta inconformidade com o sistema de cotas para os negros?

Fácil perceber, assim, que os brasileiros, ao contrário do que querem fazer crer, trazem consigo um preconceito arraigado contra a comunidade negra. Se não, vejamos: quantas passeatas já foram feitas clamando pela inconstitucionalidade da lei que determinou a reserva de 20% das vagas para os portadores de deficiências no serviço público civil da união? Quantos homens já vestiram preto e foram para as praças pedindo o fim da licença-maternidade? Quantas mulheres, humilhadas pelas reservas das vagas para candidatura política, saíram bradando por tratamento igualitário em relação aos homens?

SANDRO CÉSAR SELL (2002, p. 11) é muito feliz ao afirmar que:

*No Brasil, as políticas para o combate do preconceito racial nunca foram levadas muito a sério, já que há aqui uma negatividade da existência do preconceito. Na lapidar expressão de Floresban Fernandes: “o brasileiro tem preconceito de ter preconceito”, e, portanto, o tratamento jurídico e social do problema do racismo no Brasil segue sendo logicamente compatível com o fato de ter sido este um dos últimos países do mundo a abolir a escravidão e o primeiro a proclamar possuir uma democracia racial.*

O mesmo autor segue em sua reflexão quanto ao preconceito velado existente no Brasil, fazendo uma relação com o preconceito declarado existente nos Estados Unidos: “os EUA mostraram um preconceito aberto e, em contrapartida, uma luta aberta contra ele, patrocinada pela idéia do individualismo igualitarismo formal de cunho liberal. Já no Brasil, a mistura entre as ‘raças’ facilita o preconceito velado e a inexistência de combate às formas de racismo”. (SELL, 2002, p. 11).

No mesmo sentido, as palavras de Floresban Fernandes<sup>5</sup>, citado pela Desemb. Maria Lúcia Luz Leiria (BRASIL, 2008), alertam para expressões utilizadas no Brasil que denotam justamente a forma como o negro é visto pelos brancos:

*Um quadro de desigualdade e de “racismo institucionalizado” bem mais complexo do que parece à primeira vista e do que se quer admitir, e que pode ser verificado pela utilização de expressões e ditados populares, tais como “negro de alma branca”, “negro só*

<sup>5</sup> FERNANDES, Florestan. O negro no mundo dos brancos. 2.ed. São Paulo: Global. 2007, p.123.

*por fora”, “nem parece negro” e “é branco por dentro”, quando fazem algo de excepcional, e “não se pode esperar outra coisa de um negro” ou “negro quando não suja na entrada, suja na saída”, quando falham diante de alguma expectativa.*

Frete a esse panorama, é possível verificar que o preconceito contra os negros continua existindo no Brasil, embora os brasileiros se esmerem em dizer o contrário. Certamente por isso as cotas para esse grupo, especificamente, são tão mal vistas por grande parcela da sociedade. No entanto, “se raça e etnia no país sempre foram critérios utilizados para excluir os afro-descendentes” (PIOVESAN, 2005, P. 51), por que não podem ser utilizados para inclui-los, por meio das cotas?

Quanto aos posicionamentos favoráveis às cotas, verifica-se que os argumentos mais comuns se fundam justamente nos objetivos das ações afirmativas já expostos acima: seriam políticas de favorecimento destinadas a minorar os efeitos de uma discriminação histórica, que sempre colocou o negro numa posição inferior aos demais, obstaculizando o seu acesso aos bens mais valorizados pela sociedade.

Com as cotas, negros e brancos passariam a dividir as mesmas esferas sociais, que sempre foram frequentadas predominantemente por brancos, diminuindo a distância entre esses diferentes grupos, permitindo aos negros a conquista de um espaço que nunca foi seu.

No tocante aos posicionamentos contrários às cotas para os negros, tem-se a dizer que não passam de falácias, de argumentos vazios de qualquer fundamento jurídico ou sociológico. Senão, vejamos: ao contrário do afirmado pelos que se posicionam contra essas políticas, as cotas para negros nas universidades não se tratam de um preconceito disfarçado, de uma discriminação para combater outra, afinal não se quer que aqueles que detêm espaço no meio acadêmico o percam para favorecer os membros dos “grupos afirmados pelo princípio igualador do Direito. Daí porque se fixem percentuais mínimos garantidores da presença das minorias que por eles se buscam igualar, com o objetivo de se romper os preconceitos contra elas ou pelo menos propiciar condições para a sua superação em face da convivência juridicamente obrigada” (BRASIL, 2008).

Não há que se falar, também, que o ingresso na universidade por meio das cotas é humilhante, que desrespeitaria a dignidade dos beneficiários. Nas palavras de Roger Raupp Rios, citado pela Desemb. Maria Lúcia Luz Leiria (BRASIL, 2008):

*Na mesma linha, não participo da idéia de que a população negra teve sua dignidade desrespeitada ao serem beneficiários desta política, por ser visualizada como vítima. Isto porque, efetivamente, os negros foram e são vítimas de discriminação racial na sociedade brasileira. Desprezar esta realidade é não reconhecer este dado concreto importantíssimo da realidade, onde tais pessoas vivenciam sua experiência no mundo, histórica e concretamente situado. Responder a esta realidade com respeito e atenção, salvo melhor juízo, é reconhecê-los como pessoas humanas. Este reconhecimento da concretude humana é tão necessário para o respeito à dignidade quanto evitar-se sentimentos paternalistas que conduzam à inferiorização do outro.*

Para o argumento de que tais medidas prejudicam aqueles que se encontram melhor preparados para cursar o ensino superior ao beneficiar indivíduos que não conseguirão acompanhar o ritmo da universidade, veja-se as palavras de SELL (2002, p. 21): “o fato de ter aceito membros de minorias com notas mais baixas nos exames não significa que foram preferidos os piores futuros alunos em prejuízo da sociedade. Um aluno que vá pior nos exames vestibulares pode se superar depois, enquanto estudante e enquanto profissional”, afinal a política de cotas facilita apenas o ingresso dos negros na universidade. As avaliações realizadas durante o curso serão as mesmas para todos os estudantes.

Assim, sendo as cotas para negros constitucionais – posto que se tratam de um tipo de ação afirmativa e não há inconstitucionalidade nessas políticas, conforme já ressaltado anteriormente – e importantes para o processo de inclusão social dos negros, resta apenas aguardar por uma mudança de mentalidade daqueles que insistem em ver como abjetas essas políticas, para que a inserção dos negros nas universidades públicas ocorra de forma natural, como vem ocorrendo a inclusão de outras minorias favorecidas por outras ações afirmativas.

Aliás, lembra a Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria que:

*o Brasil poderia responder, no plano internacional, justamente por não estabelecer, na prática a realização de ‘ações afirmativa’ com as quais já se comprometera há mais de trinta anos, ainda mais quando o Decreto nº 4.738, de 12.06.2003, em seu art. 1º, reconheceu a competência do ‘Comitê Internacional para a Eliminação da Discriminação Racial’ para receber e analisar denúncias de violação de direitos humanos’ conforme previsto no art. 14 da Convenção Internacional supracitada (grifos da autora).*

Feita essa primeira análise quanto às ações afirmativas no ordenamento jurídico pátrio, passar-se-á ao estudo da relação entre essas políticas e os

princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente previstos.

## 2 OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NORTEADORES DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Dentre os inúmeros princípios elencados na Constituição Federal de 1988, dois são imperiosos para a compreensão da necessidade de implementação de políticas de discriminação positiva no Brasil, a fim de tornar possível o acesso de todos, indistintamente, aos direitos nela consagrados. São eles: o princípio da igualdade, previsto no *caput* do art. 5º, e o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, inciso III, e elevado ao grau de princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

No que se refere ao princípio da igualdade, refere JOAQUIM BARBOSA GOMES (2001, p. 1-2) que:

*remonta ao Mundo antigo a idéia essencial à existência humana, de que todos os seres humanos são naturalmente iguais. A igualdade, princípio jurídico-filosófico cultivado e disseminado a partir das revoluções políticas dos séculos XVII e XVIII, a exemplo do princípio da liberdade ou da autonomia individual, constitui um dos pilares da democracia moderna e componente essencial da noção de Justiça. [...] O Estado Moderno [...] presenciou a emergência da idéia de igualdade como princípio incontornável dos documentos constitucionais então nascentes.*

Acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, INGO WOLFGANG SARLET (2007, p. 64) ensina que, como reação ao período autoritário precedente à Constituição vigente, deixou transparecer o Constituinte a sua intenção de “outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional”. Da mesma forma, reconheceu pela primeira vez a dignidade da pessoa humana como fundamento de nosso Estado Democrático de Direito, a qual está prevista em outros capítulos da Lei Fundamental, e não apenas no art. 1º, inciso III. (SARLET, 2007, p. 64).

Mas não apenas no documento constitucional os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana receberam especial destaque. A DUDH consagrou a igualdade e a dignidade no rol dos direitos humanos a serem protegidos pelas nações, conforme se verifica em seu preâmbulo, ao referir que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família

humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Resta saber, no entanto, que relação esses princípios têm com as políticas afirmativas referidas anteriormente. É sobre isso que tratarão os subcapítulos a seguir.

## 2.1 AS AÇÕES AFIRMATIVAS E A IGUALDADE

Visando aniquilar todo e qualquer ato que violasse os direitos humanos consagrados pela DUDH, inúmeros movimentos internacionais com esse fim se desenvolveram, focados em tipos específicos de discriminação. Foi assim que, em 1965, as Nações Unidas aprovaram a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a qual foi ratificada por 167 Estados, entre eles o Brasil, desde 1968. Posteriormente, em 1979, foi adotada pela ONU a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.<sup>6</sup>

Para PIOVESAN (2005, p. 48),

*a discriminação significa toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre desigualdade.*

E segue a autora afirmando que “a discriminação ocorre quando somos tratados como iguais em situações diferentes, e como diferentes em situações iguais” (PIOVESAN, 2005, P. 48).

Como forma de enfrentar a discriminação negativa, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, duas estratégias são adotadas: uma repressiva punitiva, e outra promocional. Isso se deve ao fato de que, em primeiro lugar, para se erradicar com urgência atitudes discriminatórias, são necessárias medidas que punam os “agressores” e proibam, eliminem essas atitudes (PIOVESAN, 2005, P. 49). No Brasil, as discriminações intencionais são tipificadas como crimes pelas Leis nº 7.716/89 e 9.459/97.

No entanto, apenas estratégias punitivas são insuficientes para a erradicação da discriminação. Imprescindível, assim, a combinação da proibição de atitudes

<sup>6</sup> Informações obtidas no site da Organização das Nações Unidas (ONU) - <http://www.onu-brasil.org.br/index.php>

discriminatórias com políticas que promovam e fomentem a igualdade. Isto é, “para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e a inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais”. (PIOVESAN, 2005, P. 49).

Diante do exposto, é possível constatar que as ações afirmativas estão estritamente ligadas à ideia de não-discriminação, de igualdade entre os indivíduos. Mas de que tipo de igualdade se está falando?

## 2.1.1 IGUALDADE FORMAL X IGUALDADE MATERIAL OU SUBSTANCIAL

Segundo AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA (2004, p.1232), igualdade, verbete de origem latina (*aequalitate*) é substantivo feminino que significa: 1. Qualidade ou estado de igual; paridade. 2 Uniformidade, identidade. 3. Equidade, justiça.

Para GUILHERME MACHADO DRAY (1999 *apud* Gomes, 2003, p. 18):

*o princípio da igualdade perante a lei consistiria na simples criação de um espaço neutro, onde as virtudes e as capacidades dos indivíduos livremente se poderiam desenvolver. Os privilégios, em sentido inverso, representavam nesta perspectiva a criação pelo homem de espaços e de zonas delimitadas, susceptíveis de criarem desigualdades artificiais e nessa medida intoleráveis.*

Ou seja, nessa concepção, a lei deveria ser igual para todos, sem distinção de qualquer espécie.

Esse entendimento reflete o ideal de uma igualdade formal, traduzida pela interpretação literal do *caput* do art. 5º da Constituição Federal, e do art. 1º da DUDH, pela qual todos devem ser tratados da mesma forma, em toda e qualquer situação, a fim de se impedir atos discriminatórios de qualquer natureza.

Todavia, esse conceito de igualdade é insuficiente para o fim a que se destina – qual seja: permitir que todos os cidadãos possam viver dignamente –, pois tal princípio não pode ser aplicado indistintamente a todos os indivíduos que compõem uma sociedade, pelo simples fato de que, em que pese serem juridicamente iguais, não o são de fato, econômica e socialmente falando.

Aristóteles já afirmava que a igualdade ocorre, de fato, quando se trata os iguais de forma igual, e os desiguais de maneira desigual, na medida de sua desigualdade. A partir daí, chega-se a um entendimento mais apropriado do que seja a igualdade, pelo qual os iguais devem ser tratados igualmente,

e os desiguais devem ser tratados desigualmente, até se atingir a igualdade substancial.

Nas palavras de CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (1998, p. 53-54):

*a absoluta igualdade jurídica não pode, contudo, eliminar a desigualdade econômica; por isso, do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), clamou-se pela passagem à igualdade substancial. E hoje, na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais. A aparente quebra do princípio da isonomia, dentro e fora do processo, obedece exatamente ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, justamente para que, supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial.*

Pode-se afirmar, assim, que, para se atingir a isonomia entre indivíduos desiguais, é imprescindível que se faça a transição entre a aplicação do princípio da igualdade formal para a aplicação do princípio da igualdade substancial, possibilitando uma igualdade de oportunidades àqueles que pertencem a diferentes grupos.

Logo, as ações afirmativas representam um instrumento para que os que hoje representam as chamadas minorias possam galgar espaços no mercado de trabalho e nas universidades, com fulcro no princípio da igualdade material, por meio de estratégias facilitadoras, já que unicamente por seus próprios méritos continuariam esbarrando no preconceito velado dos grupos mais favorecidos.

Ante o exposto, pode-se concluir que, aplicando-se o princípio da igualdade substancial aos desiguais, poder-se-á atingir a igualdade formal, o que aos poucos tornará desnecessária a promoção das ações afirmativas, posto que os desiguais serão colocados no mesmo patamar que os demais e poderão exercer livremente os seus direitos fundamentais, sem precisar da ajuda do Estado e de políticas de favorecimento para isso.

## 2.2 AS AÇÕES AFIRMATIVAS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Tem-se como ponto de partida para a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, ressalvadas poucas exceções, o fim da Segunda Guerra Mundial.

SARLET conceitua de maneira muito apropriada o princípio da dignidade da pessoa humana. Para ele, trata-se:

*da qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2007, p. 62)*

Muitas considerações podem ser tecidas a respeito do conceito acima. Todavia, a fim de direcioná-lo ao estudo aqui proposto, analisar-se-á apenas alguns segmentos.

Ao referir que, pelo princípio da dignidade, o ser humano faz-se merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, o autor está manifestando serem indignos os atos discriminatórios que coloquem o indivíduo numa condição de subjugado em relação aos demais, o que ainda acontece com as mulheres, com os negros, com os portadores de deficiência.

Ainda, para haver dignidade, é necessário que os direitos e deveres fundamentais assegurem a pessoa de atos de cunho degradante e desumano, tais como humilhações e desmerecimentos.

Tais direitos e deveres também deverão garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável (como alimentação, moradia, saúde, educação, emprego, lazer), além de propiciar e promover uma participação ativa e co-responsável do indivíduo nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. No entanto, poucos são os que possuem condições mínimas de subsistência.

Veja-se, no que tange ao direito à educação, que nas universidades públicas e particulares estão, via de regra, somente aqueles que possuem uma condição financeira melhor do que a grande maioria da população. É sabido que muitos ingressam nas instituições particulares, mas só concluem a faculdade aqueles que detêm poder aquisitivo para custear as altas mensalidades até o final do curso. Já nas instituições públicas, que seriam, em tese, destinadas à população de baixa renda, ingressam aqueles que puderam cursar o Ensino Médio em escolas particulares, onde a qualidade do ensino é imensamente superior que a das escolas públicas, posto que o processo seletivo é extremamente rigoroso.



Logo, pergunta-se: quando aqueles que pertencem às minorias poderão exercer o direito social à educação, já que não possuem condições de arcar com o valor das mensalidades, nem o conhecimento necessário para concorrer a uma vaga em uma universidade pública? E sem educação de qualidade, conseguirão empregos que não sejam subempregos, mas que paguem um salário compatível com o custo de vida atual das cidades? E sem um salário adequado, poderão pagar um plano de saúde, para não precisar receber tratamento nos corredores dos hospitais públicos?

Ante o exposto, verifica-se que a dignidade da pessoa humana, falando-se especificamente no Brasil, é para poucos. Em que pese ser um princípio fundamental, não se pode dizer que saiu do papel desde 1988. E os mais atingidos (como sempre) são aqueles indivíduos que ao longo da história foram marginalizados, colocados numa posição desfavorável em virtude do racismo, do sexismo e outras formas de discriminação.

Por essa razão, as ações afirmativas devem ser promovidas pelo Estado, pois por meio delas poderão ser eliminadas as barreiras enfrentadas pelos seus beneficiários, possibilitando-lhes a efetivação dos direitos acima referidos e, por consequência, do princípio da dignidade, pois, no dizer de SELL (2002, p. 15), citando Dworkin, “a ação afirmativa faz uso provisório de critério raciais, para, com isso, possibilitar um grau de cidadania mínima aos excluídos, de forma que esses atinjam condições de serem efetivamente beneficiados por políticas públicas gerias, - ou seja, não racialmente orientadas”.

## CONCLUSÃO

Abordada a temática das ações afirmativas, seus objetivos e formas de implementação, algumas considerações finais podem ser tecidas.

Restou claro que a Constituição Federal não nega as ações afirmativas, muito pelo contrário: a própria Lei Maior elenca situações em que será lícito discriminar determinados grupos, a fim de que a eles sejam assegurados determinados direitos e garantias, sendo que a falta de políticas que garantam a eliminação da discriminação racial poderá, inclusive, levar o Brasil a responder no plano internacional.

Além disso, foi refutado o argumento de que as ações afirmativas feririam o princípio da igualdade, pois foi esclarecido que a igualdade a que se refere o *caput* do art. 5º da Constituição Federal, não é uma igualdade formal, mas substancial, devido ao caráter cidadão da Lei Maior, que pretende a proteção

de todos os brasileiros, não somente daqueles que, por suas características biológicas e sociais próprias, são considerados iguais. Além disso, as políticas de discriminação positiva permitem a efetivação do princípio da igualdade, pois tratam os desiguais de maneira desigual, a fim de que possam vir a se tornar iguais aos demais.

Ainda, foi possível verificar que as ações afirmativas estão intimamente ligadas à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, posto que essas medidas visam permitir o acesso de indivíduos historicamente inferiorizados ao mercado de trabalho e à universidade, permitindo-lhes galgar um espaço na sociedade que nunca foi seu. Assim, integrados na sociedade, tendo as mesmas oportunidades que os demais, poderão se tornar verdadeiramente sujeitos de direito, aptos a alcançar uma vida digna por seus próprios méritos.

Por fim, espera-se que a presente pesquisa tenha alcançado o seu objetivo, que era tirar o véu dos olhos daqueles que ainda resistem a essas políticas, em virtude de preconceitos históricos, para que seja possível construir uma sociedade mais justa, mais igual e pluralista, em que os diferentes não continuem sendo prejudicados em razão unicamente de suas diferenças.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 3ª Turma. Mandado de Segurança n.º 2005.70.00.008336-7/PR. Apelante: Universidade Federal do Paraná. Apelada: Desiree Sá Barreto Wagner e outros. Relatora Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria. Porto Alegre, 25 de março de 2008. Disponível em:

<[http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=2137074&hash=c3a21353e72f8c71a7c2e4e45707acc5](http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2137074&hash=c3a21353e72f8c71a7c2e4e45707acc5)>. Acesso em: 28 ago. 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Aratijo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3.ed. Curitiba: Positivo, 2004, p.1232.

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

\_\_\_\_\_. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In.: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Org.). *Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <[http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php)>. Acesso em: 01 de set. 2008.

PIOVESAN, Flávia. A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luíza; PUSSOLI, Lafaiete (Coord.). *Cultura dos direitos humanos*. São Paulo: LTR, 1998.

\_\_\_\_\_. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. In.: *Cadernos de Pesquisa* - Faculdade de Direito e Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, v.35, n.124, p.43-55, jan.-abr. 2005.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n.15, p.85-99, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SELL, Sandro César. *Ação afirmativa e democracia racial: uma introdução ao debate no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

Página par em Branco