XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

RUI DECIO MARTINS

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Carlos Alberto Simões de Tomaz, Eloy Pereira Lemos Junior, Rui Decio Martins – Florianópolis: CONPEDI, 2016.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-340-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

Certamente é uma honra para nós podermos apresentar aos leitores os resultados das apresentações dos artigos expostos no Grupo de Trabalho de nº 80 – Direitos e Garantias Fundamentais I, no contexto do XXV Congresso do CONPEDI, com a temática central Cidadania e Desenvolvimento sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito, realizado no período de 07 a 10 de dezembro de 2016, nas dependências da prestigiada UNICURITIBA, a quem desde já ficam nossos profundos agradecimentos pela calorosa recepção e prestimosa organização do evento.

A temática do grupo de trabalho por si só já é auto explicativa quanto à sua importância e necessidade das discussões no universo acadêmico brasileiro, em especial na dimensão dos Cursos e Programas de Pós Graduação em Direito do Brasil.

Foram apresentados, e debatidos, dezenove trabalhos, da lavra dos mais diferentes juristas das mais diversas Universidades e/ou Faculdades de nosso país.

Foi incrível o nível dessas produções sobre as quais restou impossibilitado distinguir se seus autores seriam Professores, ou mestrandos ou doutorandos, tamanha a variedade dos temas abordados e, principalmente, a qualidade dos mesmos.

A começar pelo estudo da propriedade no contexto da Corte Interamericana de Direitos Humanos, seguido pela abordagem referente à cidadania, não como algo estanque, mas, sim, como um processo.

Na seara constitucional fomos todos aquinhoados com diversos trabalhos passando por um dos tópicos mais sintomáticos e de importância ímpar, como o é a dignidade da pessoa humana. A relação Direito e Poder consubstancia-se na visão da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Também os direitos políticos ganharam um capítulo quando da apresentação do texto sobre a iniciativa popular, prevista em diversos dispositivos constitucionais, e sua aparente ineficácia como um direito fundamental.

As questões de gênero – e suas desigualdades – vêm questionar a efetividade do direito fundamental à igualdade demonstrando que isso ainda não passa de quimera. O tema da igualdade reaparece no contexto dos critérios raciais que norteiam as ações afirmativas de

acesso às universidades no Brasil. Os tributos, com sua especificidade técnica, encontraram um nicho apropriado nesse Grupo de Trabalho sobre direitos e garantias fundamentais ao apresentar as peculiaridades de uma cidadania fiscal e seu exercício. O direito à moradia encontra aqui, um espaço para fundar-se na influência da estrutura fundiário do país para atingir sua plena consolidação. Fechando esse bloco, como não poderia deixar de ser, uma indagação se nos apresenta, qual seja, a da necessidade, ou não, de um Estado Ambiental para se atingir um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A atuação do papel do Poder Judiciário não ficou de fora, bastando ver o estudo sobre a efetivação das políticas públicas relacionada à atuação da toga. Num momento de crise política, ética e moral por que passa o Brasil não poderíamos prescindir de artigo sobre as questões de transparência, direito e sociedade na busca de acesso às informações, sempre atrelado às práticas de 'transparência'.

Num mundo virtual, como o atual, não se poderia deixar de lado um estudo sobre a influência da internet na atuação dos tribunais frente ao tema do "esquecimento", como um direito fundamental.

A sociedade atual, no Brasil e alhures, passa por profundas transformações em sua trajetória evolutiva e os direitos sociais são um de seus mais basilares fundamentos, razão pela qual é de interesse vital o estudo sobre a segurança jurídica e a proibição de retrocesso social, aqui apreciado.

O cenário jurídico atual não pode mais ser encarado como gravitando em torno de si mesmo; faz-se necessária a integração com outros saberes. É o que nos traz o trabalho sobre a transdisciplinaridade entre Saúde e Direitos Fundamentais ao analisar a Lei dos 60 dias, em correlação com a Lei da "pílula do câncer". A conferir!

Por fim, coroando a qualidade dos temas já abordados, vemos com satisfação que direito e religião são peças integrantes do mesmo "lego" cultural, independente dos espaços geográficos em que se manifestam como bem o atesta a obra sobre neopentecostalismo, de verniz cristão, em relação com diversas outras manifestações religiosas que têm por matriz a realidade africana. Todavia, ainda nos infelicitamos com a intolerância incidente sobre a questão da restrição ao direito à liberdade religiosa.

Prof. Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz Fundação Universidade de Itaúna - UIT

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Junior UNIVERSIDADE DE ITAÚNA - UIT

Prof. Dr. Rui Decio Martins - UNIMEP - Univ. Metodista de Piracicaba

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE - CRÍTICA À ADOÇÃO DE CRITÉRIOS RACIAIS NAS AÇÕES AFIRMATIVAS DE ACESSO ÀS UNIVERSIDADES NO BRASIL

CONSTITUTIONAL INTERPRETATION THE PRINCIPLE OF EQUALITY - CRITICAL TO THE ADOPTION OF RACIAL CRITERIA IN ACTIONS AFFIRMATIVE ACCESS TO UNIVERSITIES IN BRAZIL

Thiago Zelin
Riva Sobrado De Freitas

Resumo

O presente artigo pretende aprofundar o estudo do conceito contemporâneo dos princípios gerais do direito, especificamente na interpretação atribuída ao princípio da igualdade no atual estágio dos Estados Democráticos de Direito e nos critérios legitimadores para eventuais tratamentos desiguais, analisando as origens das ações afirmativas e se sob uma perspectiva constitucional as políticas públicas para acesso à universidades tendo como parâmetro exclusivamente o critério racial se justificam no Brasil.

Palavras-chave: Princípio da igualdade, Igualdade material, Igualdade formal, Critérios legitimadores de tratamentos desiguais, Ações afirmativas, Critério racial

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to deepen the study of the contemporary concept of general principles of law, specifically in the interpretation given to the principle of equality in the current stage of the Democratic State of Law and legitimating criteria for possible unequal treatment, analyzing the origins of affirmative action and under a constitutional perspective public policies for access to universities having as parameter only the racial criteria are justified in Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principle of equality, Material equality, Formal equality, Legitimating criteria of unequal treatment, Affirmative action, Racial criteria

INTRODUÇÃO

As sociedades estão em permanente e sucessivo processo de evolução, o que implica dizer que, na mesma medida, o conceito de princípio varia de tempo e de lugar, ou seja, a interpretação atribuída a um princípio em uma determinada época para determinada civilização não necessariamente valerá em outro período histórico para outra comunidade, estando em constante e permanente aprimoramento.

Partindo do novo viés atribuído ao conceito e alcance dos princípios por filósofos neocontitucionalistas, especialmente Ronald Dworkin, sob uma ótica pós-positivista – classificando princípios como espécies do gênero normas jurídicas – será abordado este novo ângulo de alcance que implica no reconhecimento de sua imperatividade no atual estágio dos Estados Democráticos de Direito.

Para tanto, buscar-se-á estabelecer a evolução histórica dos princípios, com enfoque no princípio da isonomia, para ao final propor critérios legitimadores de tratamentos desiguais, em especial sobre o enfoque que a ordem constitucional de 1988 atribuiu ao princípio isonômico.

Fixadas estas premissas, será abordado os reflexos desta interpretação do princípio da igualdade nas políticas de ações afirmativas, em especial se o critério exclusivamente racial para acesso à universidade pública no Brasil está em consonância com o respeito ao princípio isonômico segundo a interpretação que lhe foi atribuída pelo texto constitucional.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO E INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Para analisar o alcance do princípio da igualdade propriamente dito, deve-se fazer necessariamente por um breve enfrentamento histórico da evolução conceitual e interpretativa dos princípios gerais do direito.

Todo princípio jurídico tem como característica comum um alto grau de generalidade, abstração e indeterminação e por isso demanda esforços interpretativos para lhes atribuir concretude e operabilidade

A partir do século XVIII, com o surgimento do constitucionalismo moderno, os princípios ingressaram nos textos constitucionais atribuindo-lhes sentindo normativo, alçando-

lhes ao status de cláusulas operacionais, ou seja, verdadeiras diretrizes interpretativas dos textos constitucionais.

Não obstante, por serem dotados de subjetivismo e abstração, incompatíveis, portanto, com a fase embrionária do positivismo clássico, foram inicialmente tratados como fontes complementares das regras positivadas. Em nosso ordenamento jurídico ainda há resquícios deste período, como por exemplo no artigo 126 do recém revogado Código de Processo Civil de 1973 e no artigo 108 do ainda em vigor Código Tributário datado de 1966, os quais claramente atribuíram função suplementar aos princípios em relação às regras.

Contudo, na fase mais recente do Constitucionalismo, denominada pós-positivismo, que surge a partir da metade do século XX, que pretendeu sintetizar a histórica dicotomia entre a visão jusnaturalista e positivista clássica, houve constante busca de atribuição de juridicidade de concretude aos princípios, especialmente como resposta à tentativa de legitimar as atrocidades na Segunda Grande Guerra sob o manto do estrito respeito às leis alemãs.

Esta nova corrente, capitaneada por Dworkin, tem contribuído para visualizar um novo ângulo da normatividade dos princípios, impondo-lhes status de norma legal dotada de imperatividade. As normas, para esta nova orientação, portanto, seriam o gênero do ordenamento jurídico, cujas espécies são as regras e os princípios.

Esta mesma linha de raciocínio também é defendida por Alexy, para o qual: "*os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade, ao passo que as regras também são normas, têm, contudo, grau relativamente baixo de generalidade*". Assim, conquanto, haja abstratividade nos princípios, tal constatação, por si só, não afasta sua normatividade e obrigatoriedade de esforço interpretativo para aplicação concreta no sistema jurídico constitucional.

Esta proclamação de normatividade dos princípios tem sido corroborada por diversas cortes constitucionais que indicam uma tendência irreversível de atribuir-lhes eficácia normativa, retirando-lhes a inocuidade e atribuindo-lhes concretude e determinando a busca por sua efetividade.

2. BREVE ABORDAGEM DOS ASPECTOS HISTÓRICOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Demonstrada a atual importância e envergadura a os princípios foram alçados nos sistemas constitucionais modernos, necessário traçar breves comentários acerca da evolução interpretativa do princípio da igualdade.

O ideal de igualdade remonta ao mundo antigo, sendo abordada em escritos desde Aristóteles, que foi o precursor a vincular a igualdade à ideia de justiça, ao enunciar que "a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, dando a cada um o que é seu".

Contudo, ao contrário do que possa parecer, este primeiro viés interpretativo atribuído ao princípio da igualdade fomentou as diferenças e os privilégios dos poderosos no mundo antigo, justamente porque ao "dar a cada um o que é seu", entregava ao nobre a nobreza, ao escravo a escravidão, assim por diante. Ou seja, foi justamente esta interpretação que legitimou por séculos a criação de castas social e o tratamento diferenciado entre escravos e não-escravos, ricos e pobres, senhores feudais e servos.

Na idade moderna, a partir das revoluções liberais do século XVII e XVIII, a igualdade como princípio jurídico-filosófico foi aperfeiçoada e influenciada pelos pensamentos iluministas de filósofos, tais como Rousseau, que vislumbraram a igualdade do homem no seu estado natural, defendendo que os homens eram iguais por pertencerem ao gênero do ser humano, sendo que as diferenças físicas e psíquicas de cada indivíduo, não interessavam à sociedade pelo que não se justificava a divisão social em categorias de indivíduos.

A visão liberal foi bem sintetizada por Frederick M. Watkins e Isaac Kramnic da seguinte forma: "[...] o ideal de igualdade entre os homens guarda uma relação mais íntima com as ideias propugnadas por John Locke, especialmente na obra *Segundo Tratado do Governo Civil*, quando ele revela uma preocupação com a liberdade e os direitos naturais e individuais dos seres humanos, e sustenta que a ordem social não devia assentar-se em grupos, entidades ou aglomerações, mas em indivíduos autônomos e independentes, que são os verdadeiros responsáveis pelos próprios destinos e os únicos capazes de buscar a felicidade."

Como consequência da Revolução Iluminista, foi o Direito Público francês um dos primeiros a positivar a ideia jurídica da igualdade no art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de agosto de 1789, sendo Posteriormente foi incorporada ao texto constitucional de 1791, nos seguintes termos: "Les hommes naissent et demeurent libr es et égaux en droits", ou seja, "os homens nascem e permanecem iguais em direito".

A mesma concepção foi abordada no art. 1º da Carta de Virgínia de 12 de junho de 1776 ao estabelecer que "all men are by nature equally free and independent", que quer dizer, "todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes".

Portanto, neste momento no plano jurídico-positivo o princípio da igualdade tornou-se um poderoso instrumento de reação contra qualquer privilégio pessoal injustificado da

Nobreza, de modo que o pensamento não buscava uma realização da igualdade de oportunidades, mas sim, numa visão individualista, limitada à proteção de direitos individuais frente ao Estado.

Ou seja, o princípio liberal da igualdade, não objetivava a anulação completa das desigualdades, defendendo apenas uma igualdade formal, na lei, havendo a difusão destas ideias em outras Constituições no século XVII, que normatizaram o princípio da isonomia sob esta acepção individualista burguesa.

Independentemente desta constatação, deve-se reconhecer que a acepção dada pelo Estado liberal desencadeou um grande avanço que elevou o princípio da igualdade ao status constitucional, canonizando juridicamente o princípio liberal da igualdade sob aspecto formal, mas por não enfrentar as desigualdades reais, não foi suficiente para garantir a efetivação do princípio da isonomia numa perspectiva social.

A busca de igualdade numa perspectiva material de busca de justiça social logrou seus primeiros êxitos a partir das ideias de Marx, que culminaram nas revoluções proletárias a partir das manifestações sociais do século XIX, pós Revolução Industrial, que visavam dar ao princípio da igualdade uma interpretação material, reduzindo as desigualdades de fato existentes na sociedade, afastando a visão liberal individualista e atribuindo caráter social à aplicação do princípio.

No plano jurídico constitucional, esta percepção social teve como precursoras a Carta Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de Weimar em 1919, que foram as primeiras a tratar de direitos fundamentais sociais, de segunda geração, atribuindo interpretação comunitárias e de justiça social a princípio da igualdade, na medida que buscaram proteger as classes menos favorecidas, principalmente garantindo melhores condições aos trabalhadores e atribuindo obrigações positivas ao Estado como forma de reduzir as desigualdades sociais.

Portanto, nos sistemas constitucionais modernos o princípio da igualdade não possui significado em si mesmo, traduzindo-se atualmente como um ideal de relação de paridade entre homens, ou seja, é um ideal de justiça social, que evoluiu no sentido de pressupor e determinar um dever de relação de paridade entre indivíduos em situações idênticas, considerando o grupo social do qual fazem parte, buscando equalizar estas diferenças oportunizando-lhes igualdade de oportunidade e desenvolvimento, que, em última análise, é um meio para a construção de uma sociedade justa e fraterna.

3. EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

O princípio isonômico sempre esteve presente em todas as Constituições brasileiras, acompanhando, ainda que com certo atraso, a evolução interpretativa europeia que se dava ao princípio.

A Carta Imperial de 1824, por motivos óbvios, não abordava a acepção formal do princípio da igualdade, nos moldes atribuídos pelas Revoluções Liberais Francesa e Americana, mantendo, em consequência, os privilégios odiosos da Monarquia coexistindo com a escravidão.

Em 1981, com o advento da República, que teve orientação liberal, foram extintos ou vedados os privilégios das Monarquia, embora mantidos algumas prerrogativas tipicamente aristocráticas, especialmente em relação a limitação ao direito ao voto a determinadas classes sociais.

A Constituição de 1934, conserva o dever de igualdade perante a lei, evoluindo para formalmente recriminar pontos tradicionalmente desencadeadoras de desigualdade, vedando distinções por motivo sexo, raça, classe social, crenças religiosas.

A Carta Magna de 1937, embora não tenha expressamente declarado, inovou dando uma perspectiva social ao princípio isonômico, vedando a diferenciação nos rendimentos com base no sexo, nacionalidade ou idade, abrindo espaço para interpretação do princípio da igualdade com viés de justiça social, que culminou a decretação da Consolidação das Lei do Trabalho em 1943.

As Cartas de 1946, 1964 e 1967, reforçaram os ideais das que as antecederam, vedando discriminações e estabelecendo tratamentos diferenciados no próprio texto a determinadas categorias sociais numa típica perspectiva de igualdade material.

A atual Constituição Federal 1988, mantém o viés de justiça social ao princípio da igualdade, elegendo, logo no preâmbulo, embora não dotado de força normativa, “a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, já dando indicativos sob qual o viés que deseja a interpretação do princípio.

No artigo 3º, I e IV, estabeleceu como “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”: “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Inobstante a isso, embora notadamente adote o viés social da interpretação do princípio, não se afasta totalmente a visão individualista e liberal ao proclamar no *caput* do artigo 5º que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza".

Embora o senso comum, numa interpretação literal do artigo 5º da CF, não admita tratamento desigual, sob pena de ferir o princípio da isonomia, a interpretação que deve ser dada é em sentido diametralmente oposto, pois numa leitura sistemática da Constituição de 1988 se extrai que igualdade que foi proclamada pelo texto se apresenta numa perspectiva material, ou seja, não só permite, mas fomenta o tratamento desigual para alcançar os objetivos constitucionalmente eleitos.

Canotilho busca a formulação de um conceito atual do princípio da igualdade afirmando que: "a obtenção da igualdade substancial, pressupõe um amplo reordenamento das oportunidades: impõe políticas profundas; induz, mais, que o Estado não seja um simples garantidor da ordem assente nos direitos individuais e no título da propriedade, mas um ente de bens coletivos e fornecedor de prestações".

Portanto, extrai-se de uma interpretação sistemática do texto constitucional de 1988, que o tratamento dispensado ao princípio da igualdade não mais trata o indivíduo abstrata e genericamente, como feito no Estado Liberal, mas sim o indivíduo especificado pelas peculiaridades da categoria que está inserido (relativas a sexo, idade, etnia) visando oportunizar igualdade de oportunidades a todos os cidadãos numa visão ideal de justiça social, possibilitando boas condições de vida a todos.

4. A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Estando constatado que no plano fático a igualdade real inexiste, posto que o ser humano é desigual por natureza nos seus mais variados aspectos, dadas as peculiaridades e individualidades de cada cidadão, estabelecida a visão constitucional atribuída ao princípio da isonomia, bem como sabedores que todo princípio é dotado de generalidade e abstração, mas que pressupõe tratamentos desiguais, necessário se faz estabelecer critérios para diferenciar a discriminação legal admitida pelo Estado Democrático de Direito e, portanto, benéfica ao bom ordenamento da sociedade, daquela abominada pelo sistema constitucional e potencialmente agravadoras de preconceitos e tensões sociais.

Portanto, é insuficiente saber qual perspectiva dada ao princípio da igualdade pela Constituição, deve-se buscar instrumentos e mecanismos eficazes para a construção e

efetivação da isonomia na acepção constitucionalmente eleita e, por via de consequência, rechaçar pretensões contrárias a esta definição, ou seja, potencialmente estabelecedoras de disciplinas diversas para situações não equivalentes.

Para isso, é necessário para que seja atribuída significação e concretude legítima ao princípio, o que passa necessariamente pelo estabelecimento critérios que permitam sua aplicação prática na perspectiva constitucionalmente eleita, objetivando dar a exata medida de quando e até que ponto o tratamento diferenciado não cria privilégios injustificados à determinada categoria de indivíduos e, portanto, respeita o princípio da igualdade sob o prisma atribuído pelo texto constitucional.

Ou seja, o tratamento isonômico na acepção material e social que hodiernamente lhe é atribuída pelo texto constitucional, pressupõe tratamento desigual na medida das desigualdades constatadas, sendo necessário estabelecer critérios para mensurar e legitimar políticas sociais destinada a equalizar o tratamento diferenciado constitucionalmente aceito.

5. DIFERENÇAS QUE LEGITIMAM A DISCRIMINAÇÃO

A legitimação de tratamento desiguais, passa necessariamente pela busca a concretização da igualdade material numa perspectiva de justiça social, impondo a identificação das desigualdades que justificam o tratamento discriminatório, posto que não é qualquer peculiaridade que autoriza a discriminação legal, pois a identificação de alguma particularidade do indivíduo ou do grupo social em que o indivíduo está inserido não admite, por si só, o tratamento diferenciado.

Sendo o princípio da igualdade, como todo outro princípio, dotado de auto grau de abstração, Celso Antônio Bandeira de Mello na Obra O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade se propôs estabelecer alguns critérios para legitimação do tratamento diferenciado com intuito de retirar a generalidade interpretativa inerente a este princípio.

Na referida obra, que servirá de norte para os próximos capítulos, ou autor, identificando o viés material constitucionalmente eleito, atrela o respeito ao princípio da igualdade ao ideal de sociedade justa concebida pela Constituição Federal.

Celso Antônio Bandeira de Mello admite a existência de diferenças perceptíveis entre todos os seres humanos, tais como de baixa e alta estatura, seja quais forem, podem ou não legitimar o discrímen. A título de exemplo afirma que pode haver tratamento diferenciado

quanto a estatura para contratação de soldados, mas a lei não lhe poderia proibir a celebração de contratos de compra e venda.

Segundo o jurista, “qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório”, pois, “não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico. ”

Ou seja, numa interpretação sistemática do texto qualquer fator pode ser legitimador de discriminação desde que vise o interesse de igualdade constitucionalmente eleito.

Isto porque, o ditame constitucional ao se referir à “raça, credo religioso, trabalho, convicção política” como impedidores de práticas discriminatórias, pretendeu citar certos traços que por questões preconceituosas historicamente foram tomadas de forma gratuita como fundamentadoras do fator de discrímen ilegítimo, ou seja, a Carta Magna advertiu que tais fatores por si só não legitimam qualquer discriminação.

Conclui Mello que seriam exemplos de discriminações constitucionalmente aceitas, a distinção de raça na realização de pesquisa sobre desempenho esportivo da raça negra, na qual brancos e amarelos legitimamente não serão admitidos; poderia legitimamente ser proibido o ingresso de pessoa de olhos azuis em concurso público cujo cargo será exercido em tribo indígena que julgue tal traço demoníaco e que possa por em risco a integridade física do servidor.

Portanto, qualquer fator objetivamente mensurável por ser critério de discrímen (inclusive raça, sexo, cor, convicção religiosa), pois “não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico”, mas na identificação de um liame objetivo, direto, racional, razoável e proporcional entre a discriminação e desigualdade de tratamento conferida.

6. CRITÉRIOS LEGITIMADORES DO TRATAMENTO DESIGUAL

Estando estabelecido que quaisquer peculiaridades individuais ou de um grupo determinado, quando objetivamente mensuráveis, podem sim ser objeto de discrímen, indaga-se: quais discriminações são juridicamente (in)toleráveis? Haveria possibilidade de aplicar o princípio da igualdade de forma operativa e segura, sem criar distorções ou maiores desigualdades?

Aos mesmos questionamentos se submeteu Mello, propondo-se a responder as seguintes questões: “Qual critério legitimamente manipulável que autoriza distinguir pessoas e

situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? ”, ou seja: “Que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia”?.

Fixou como premissa básica que “as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na constituição”.

Portanto, o requisito fundamental de respeito a isonomia nos moldes constitucionalmente eleitos é haver pertinência lógica entre o fator de discrímen (qualquer que seja) e desigualdade de tratamento em função dela conferida, ou seja, deve haver um liame subjetivo entre o elemento eleito como diferenciador e a desigualdade de tratamento dele decorrente, sob pena do fator discriminante se tornar uma injustiça e, portanto, inconstitucional.

Embora o autor elenque outros critérios para legitimar o tratamento desigual, para os fins deste artigo, esta premissa inicial é suficiente para questionar a constitucionalidade das ações afirmativas raciais no sistema público superior estabelecido exclusivamente em razão da cor da pele.

7. AÇÕES AFIRMATIVAS - BREVE HISTÓRICO - PRINCIPAIS FUNDAMENTOS– COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

As ações afirmativas surgiram, em 1947, na Índia e ganharam proporções mundiais quando Kennedy, na década de 60, as implantou nos EUA.

Tais medidas governamentais reservaram vagas em instituições públicas ou privadas para determinados segmentos sociais ou étnicos, com o objetivo de inclusão social, eliminar desigualdades, garantir a igualdade tratamentos e de oportunidades, por isso, também são conhecidas como discriminantes positivas.

Possuem como fundamento o ideal de justiça, uma vez que no plano fático a igualdade real inexiste e numa mesma sociedade pessoas nascidas em condições diferentes possuem expectativas de vida diferentes, favorecendo para alguns um melhor ponto de partida, estas diferenças, portanto, não poderiam ser justificadas exclusivamente pela meritocracia, devendo ser aplicadas à essas desigualdades inevitáveis os princípios da justiça social.

Ou seja, para atingir a concepção de justiça e igualdade é necessário ter em mente e compreender a concepção de cooperação social. Esta colaboração mútua passa necessariamente pela admissão de tratamentos diferenciados entre cidadão, a fim de gerar oportunidades iguais a todos integrantes de um determinado grupo social, o que legitima a adoção de ações afirmativas.

Destas premissas, é possível conciliar as ações afirmativas com o princípio da igualdade previsto no artigo 5º da Constituição Federal, de modo que a adoção desta políticas afirmativas se justificam quando aplicadas a camadas específicas, que possam ser distinguidas objetivamente, como por exemplo, deficientes físicos, mulheres, idosos, dentre outros.

Nesses casos, ao contrário do que se imagina, o tratamento desigual deve ser promovido pelo legislador, já que para alcançar a igualdade de fato se faz necessário equilibrar as diferenças existentes.

Tome-se como exemplo a adoção de cotas para deficientes físicos ou para idosos. É notório que uma a pessoa portadora de acentuada deficiência física ou de idade avançada, possui, em relação a um jovem fisicamente perfeito, maiores dificuldades de locomoção, de acesso aos prédios públicos, às escolas, ao mercado de trabalho.

Diga-se de passagem, que o próprio legislador constitucional consagrou a adoção de políticas de cotas quando no artigo 37, inciso VIII, reservou percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência.

No Brasil, também é possível cogitar a adoção de sistema de cotas universitárias para estudantes carentes que tiveram sua formação educacional em escolas públicas arruinadas, posto ser objetivamente mensurável e identificável a dificuldade ao acesso às universidades públicas de qualidade a esta categoria.

Portanto, resta claro que é possível a adoção de qualquer modalidade de ação afirmativa sem violar preceito constitucional. Entretanto, para que o tratamento desigual seja admitido, é preciso que seja possível mensurar a exata medida da desigualdade existente entre as diversas categorias sociais e, para que isso seja feito, se faz adotar critérios objetivos, justificado em desigualdade reais, objetivamente identificáveis.

8. DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NAS AÇÕES AFIRMATIVAS RACIAIS NA FORMA QUE FORAM CONCEBIDAS NO BRASIL

Retornando aos critérios que legitimam tratamento desiguais, dissemos que a correlação lógica entre fator de discrímen e desequiparação procedida é o ponto mais

importante a ser analisado para legitimar discriminações, de modo que a diferenciação não seja gratuita ou fortuita.

Este é o critério mais importante a ser analisado, pois não havendo correlação lógica entre o fator do discrímen e o objetivo pretendido, a norma malfere o princípio da igualdade e, portanto, se apresenta inconstitucional.

Fixadas estas premissas, indaga-se se o sistema de ações afirmativas para acesso ao sistema público de ensino superior no Brasil, pautado exclusivamente no critério racial, guarda consonância a interpretação sistemática constitucional que deve ser atribuída ao princípio da igualdade.

Para respondermos, é necessário investigar se o fator eleito como critério de discriminação (raça) possui justificativa racional e razoável para atribuir-lhe tratamento jurídico diverso em razão da desigualdade verificada (dificuldade de acesso à universidade).

É justamente esse ponto, ou seja, na ausência de relação entre o fator de discriminação e desigualdade de tratamento conferida que resta afastada a possibilidade de adoção de sistema de cotas exclusivamente pelo critério racial no Brasil, com a simples importação do sistema americano, indiano, ou sul africano, sem levar em consideração as particularidades da realidade nacional.

Nos mencionados países as ações afirmativas surgiram para oportunizar acesso a instuições públicas ou privadas e a determinados cargos aos quais historicamente determinados grupos sociais por questões de raça foram proibídos galgar, especialmente visando dar cabo às políticas estatais que estabeleceram *apartheids* sociais, tais como a separação da sociedade indiana em castas e a doutrina dos “separados, mas iguais” nos EUA, ambas legitimadas pelo próprio Estado.

Nestes países, o critério racial, que dividiu a sociedade entre brancos e negros (nos EUA e África do Sul) ou as castas (no caso da Índia) é praticamente objetivo, inclusive com proibição de casamentos entres integrantes de classes distintas. Logo, se este critério serviu de parâmetro para negar oportunidades a determinadas camadas sociais, o mesmo critério pode ser usado para legitimar ações afirmativas em sentido inverso visando compensar a discriminação do passado.

Já no Brasil o critério racial, por ter haviado intensa miscigenação de raças, inclusive estimulada pelo estado, não pode ser bem operacionalizado, posto que dotado de alto grau de subjetividade. Um bom exemplo disso é o caso ocorrido em Brasília, onde os irmãos gêmeos univitelinos (idênticos) Alex e Alan Teixeira da Cunha, não tiveram a mesma sorte ao se

inscrever para sistema de cotas da UnB (Universidade de Brasília), posto que o primeiro fora aceito para concorrer às vagas destinadas a afrodescendentes e o segundo não.

Em nosso país a raça, por si só, não se mostra impeditivo de acesso a universidades ou cargos públicos, como ocorreu nos EUA, Índia e África do Sul, onde havia proibição de acesso legitimada pelo Estado.

Além do mais, não se justifica, outrossim, como único argumento que a raça negra é merecedora de cotas universitárias pelo histórico escravocrata brasileiro que teve como consequência a criação de uma casta negra miserável e sem condição de frequentar um ensino básico de qualidade.

Isto porque, se a justificativa para a adoção de ações afirmativas é a miséria, não se pode utilizar exclusivamente o critério racial para corrigir esta distorção, sob pena de criar outras.

Ou seja, a adoção do critério racial para legitimar ações afirmativas que visam permitir o acesso de pobres ao ensino superior não guarda liame objetivo direto entre causa e efeito, é utilizado por via oblíqua, transversal e indireta para corrigir problemas socioeconômicos e de educação básica pública deficitária.

No Brasil a pobreza que dificulta a ascensão social não escolhe cores e nem raça. De acordo com dados da PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) em 2006, entre 43 milhões de pessoas de 18 a 30 anos de idade, 12,9 milhões tinham renda familiar *per capita* de meio salário mínimo ou menos. Neste grupo mais pobre, 30% classificavam-se a si mesmos como “brancos”, 9% como “pretos”, e 60% como “pardos”.

Ou seja, ao levar como critério para adoção de descriminantes positivas, exclusivamente o critério racial, sem considerar circunstância econômicas, corre-se o risco de limitar o acesso universitário público a uma pequena parcela de negros de famílias abastadas em detrimento de uma maioria negra, branca, amarela, imigrante miserável.

Portanto, no Brasil o critério econômico se mostra mais adequado, por efetivamente garantir o acesso à educação superior as classes sociais menos abastadas, independentemente da cor da pele, corrigindo distorções históricas.

Ou seja, se no Brasil o impeditivo de acesso ao ensino superior as classes menos abastadas é o critério econônico e não racial, só se pode cogitar como remédio adequado para corrigir este desiquilíbrio a adoção de cotas econômicas, e não raciais, para atacar o problema de forma adequada.

Por consequência, no Brasil, a adoção de cotas universitárias exclusivamente por este critério racial, além de inconstitucional, fomenta, acirra e fortifica preconceitos raciais que por

razões históricas nunca provocaram intensos embates sociais, como em outros países onde a miscigenação de raças ainda é tabu.

Nos EUA, por exemplo, ainda hoje, a pessoa negra, por mais economicamente e profissionalmente bem sucedida que seja, é impedida de frequentar determinados círculos privados, o que definitivamente não ocorre no Brasil, onde esta espécie de impedimento é determinado na maioria das vezes por questões econômicas.

Logo, a implementação de discriminantes positivas por critério racial no Brasil se mostra uma tentativa frustrada de resolver o dilema da precária educação pública primária disponibilizada pelo Estado aos desfavorecidos economicamente. É uma forma equivocada de atacar as consequências da disigualdade social, que acaba por não resolver o problema, mas acirrar tensões raciais, significativamente menores que em outros países.

CONCLUSÃO

Os princípios jurídicos por sua natureza possuem como atributo comum um elevado grau de subjetividade e abstração o que implica esforços interpretativos para lhes atribuir concretude.

A busca atribuição de juridicidade aos princípios foi intensificada a partir da metade do século XX, pretendendo servir de escudo protetivo das atrocidades cometidas na Segunda Grande Guerra sob o manto da legalidade estrita.

Estas novas correntes pós-positivistas, capitaneadas por Ronald Dworkin, têm contribuído para visualizar um novo ângulo da normatividade dos princípios, impondo-lhes status de norma legal, ao defender que os princípios são normas dotadas de imperatividade.

Desta forma, conquanto, haja abstratividade nos princípios, tal fato não afasta sua normatividade e a obrigatoriedade de dedicar esforço interpretativo para aplicação concreta no sistema jurídico constitucional.

Especificamente acerca do princípio da igualdade, restou claro que a busca por tratamento isonômico é uma aspiração histórica que remonta ao mundo antigo, passando pelo Estado Liberal, que a vislumbrou sob o aspecto formal, mas numa perspectiva social moderna, só logrou seus primeiros êxitos a partir das revoluções proletárias do fim do século XIX.

A atual Constituição Federal 1988, abraçou o viés de justiça social ao princípio da igualdade, permitindo, portanto, tratamentos desiguais para situação dispares, desde que observada a proporcionalidade.

Sendo todo princípio dotado de alto grau de abstração necessário se faz estabelecer critérios para legitimar a discriminação legal admitida pelo Estado Democrático de Direito e, portanto, benéfica ao bom ordenamento da sociedade, daquela abominada pelo sistema constitucional e potencialmente agravadoras de preconceitos e tensões sociais.

Para atribuição de significação e concretude legítima ao princípio da igualdade, é preciso estabelecer critérios que permitam sua aplicação prática na perspectiva constitucionalmente eleita, para se dar a exata medida de quando e até que ponto o tratamento diferenciado não cria privilégios injustificados à determinada categoria de indivíduos e, portanto, respeita o princípio da igualdade.

Para garantir seu respeito é necessário investigar se o fator eleito como critério de discriminação (a raça no caso do texto) possui justificativa racional e razoável para atribuir-lhe tratamento jurídico diverso em razão da desigualdade verificada (dificuldade de acesso à universidade).

Sob esta perspectiva, vimos que no Brasil a adoção de ações afirmativas para acesso à Universidade, exclusivamente pelo critério racial, fere sobremaneira o princípio da igualdade no viés constitucionalmente eleito.

Isto porque, no Brasil, devido a histórica miscigenação, a raça não se mostra critério objetivo para a adoção dessa política, pois não há correlação lógica entre o fator do discrímen (cor da pele) e o objetivo pretendido (reduzir a dificuldade de acesso do negro à universidade); o real impeditivo ao ensino superior decorre de questões economicas e não raciais; por fim, a distorção do sistema acaba por privilegiar uma minoritária classe negra média ou alta em detrimento de uma maioria pobre, seja negra ou branca.

REFERÊNCIAS:

1. ALEXY, Robert. Teoria Dos Direitos Fundamentais. 2ª Ed., Malheiros. 2011;
2. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005;
3. BOBBIO, Norberto. A era dos direitos / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; 7ª Reimpressão. Apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
4. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995;
5. DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005;
6. FRAGOSO MENEZES KAUFMANN, Roberta. Ações Afirmativas à Brasileira – Necessidade ou mito, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007;
7. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direito Constitucional Interpretado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992;
8. PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2012;
9. RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça/ Nova Tradução baseada na Edição Americana Revista pelo Autor, Jussara Simões: Revisão Técnica e Tradução Álvaro Vita, 3ª Edição, São Paulo, Martins Fontes, 2008;
10. WATKINS, Frederick M. e KRAMNIC, Isaac. A Idade da Ideologia: pensamento político de 1750 até o presente; 1ª ed. São Paulo: RT, 2001;
11. http://g1.globo.com/Noticias/Vestibular/0,,MUL43786-5604-619,00.html.