



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Inidoneidade do Discrimen e da Aplicação do Princípio da Igualdade Material, para
Viabilização da Política de Acesso Formal às Universidades

Alex Lebeis Pires

Rio de Janeiro
2011

ALEX LEBEIS PIRES

A Inidoneidade do Discrimen e da Aplicação do Princípio da Igualdade Material, para
Viabilização da Política de Acesso Formal às Universidades.

Artigo Científico apresentado à Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro como
exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Guilherme sandoval

Prof. Mônica Areal
Prof. Kátia Silva
Prof. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2011

A INIDONEIDADE DO DISCRÍMEN E DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL, PARA VIABILIZAÇÃO DA POLÍTICA DE ACESSO FORMAL ÀS UNIVERSIDADES

Alex Lebeis Pires

Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Técnico de Atividade Judiciária.

Resumo: O ordenamento jurídico brasileiro é dotado de diversas hipóteses de políticas públicas de implementação das ações afirmativas, a fim de que, transbordando a necessária, mas insuficiente, previsão da igualdade formal, se possibilite, em complemento imprescindível, a efetivação do princípio da igualdade material, que recomenda o tratamento desigual a pessoas e grupos que se encontrem em insolúvel situação de desigualdade, na exata medida de sua desigualdade. A cautela nessa missão é de extrema importância, sob pena de criar-se ou até mesmo agravar-se a desigualdade material, fomentando o desequilíbrio social e todas as consequências que dele advém. O presente trabalho tem por objetivo abordar a (in)viabilidade constitucional da aplicação de tal método como critério de acesso aos níveis mais elevados de ensino.

Palavras-chave: Princípio da Igualdade Material. Políticas Públicas de ações afirmativas. Reserva de vaga para acesso Universidades Públicas. (In)compatibilidade com a Constituição Federal de 1988.

Sumário: Introdução. 1. A distinção entre Princípio e Regra. 1.1. O Princípio da Igualdade Material 1.2. O Princípio da Igualdade Formal 2. As ações afirmativas e a Concreção da Igualdade Material. 3. (In)compatibilidade constitucional da utilização das ações afirmativas com o critério expresso na Constituição Federal de 1988, para acesso aos níveis mais elevados de ensino. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o fito de analisar a constitucionalidade da utilização pelo Poder Público de ações afirmativas, para concretização do princípio da igualdade, utilizando-se como *discrímen* o critério de raça, como política pública de reserva de vagas para acesso aos níveis mais elevados de ensino.

No que alude à questão atinente ao mencionado *discrímen* atinente ao critério de raça, importa ressaltar que tal assunto já representou motivo de subjugação promovida pelo homem branco, em detrimento de outras raças. Note-se que cientificamente sempre se mostrou de extrema dificuldade para os cientistas, médicos, enfim, especialistas no assunto, definir-se qual a verdadeira raça de um indivíduo.

Essa subjugação ocorrida desde os primórdios, sempre foi feita com base num suposto estereótipo, característica, contudo, que não tem o condão de determinar o que seria a raça de uma pessoa. Essa impossibilidade de se especificar a etnia de cada um causa, hodiernamente, verdadeiro embaraço para que se logre classificar uma pessoa numa raça ou outra. Tanto assim que, com relação a reserva de vagas para o ingresso em universidades públicas, por exemplo, o critério de separação das raças, a favorecida e a desfavorecida, baseia-se na simples declaração da pessoa, no sentido de pertencer à classe dos negros ou dos brancos.

Com efeito, ainda no que tange ao aspecto histórico, não se pode olvidar que sempre houve a subjugação em prejuízo dos direitos fundamentais de pessoas de pele negra e, bem assim, verdadeira aversão social a eventuais pessoas, tidas como da raça dos brancos, que se unissem aos indivíduos de pele negra, para conferir tratamento a esses últimos considerando-os como seus iguais, uma vez que os negros eram tidos expressamente como uma espécie de sub-raça, subserviente e que se destinava única e exclusivamente a servir a raça dos brancos, em todos os aspectos.

Com efeito, apesar de o presente discurso parecer que se cuida de um infeliz histórico que tenha se perdido no tempo e no espaço, em realidade, assim não ocorre de todo. É que, a toda evidência, hodiernamente fazem-se, ainda, presentes ocorrências de discriminações, por parte de muitos homens brancos em detrimento dos cidadãos de pele negra.

Registre-se, porém, que contemporaneamente aquele odioso grau de discriminação em muito se mitigou, mostrando-se progressivas as investidas no sentido de levar-se a bom termo o embate racial, que ganha contornos mais leves, em se comparando a realidade histórica a linhas atrás mencionada.

Nessa linha de intelecção, tratando-se especificamente do Brasil, passaram a existir uma série de leis, na tentativa de, a juízo dos parlamentares, dar o que entende ser uma definitiva solução ao caso. Essa solução deságua nos programas de ação afirmativa, que, anote-se, não representam as primeiras iniciativas de trazer solução à realidade histórica separatista.

Sucedem que esses programas de promoção da igualdade, quais sejam, as mencionadas políticas públicas de ações afirmativas, como o supramencionado, vêm sendo utilizados para acesso aos mais elevados níveis de ensino, utilizando-se como veículo para semelhante promoção a reserva de vagas para pessoas de outras raças que não a branca ou, por exemplo, o critério de ter o indivíduo cursado seu ensino anterior ao universitário em escolas públicas.

Com efeito, essas duas vertentes, geradoras de séria desigualdade seriam então corrigidas quando do ingresso desses grupos ao ensino superior. Por evidente, o rendimento desses grupos, com a reserva de vagas, mostra-se menor no que tange ao concurso de seleção para o ingresso nas universidades. Diz-se menor, até mesmo pela deficiência que carregam, originada pela desigualdade enxergada pelo estado no que tange à qualidade de ensino de que

desfrutaram anteriormente ao momento do acesso ao ensino superior. Daí a razão para tal favorecimento.

Postas, assim, essas iniciais premissas, no curso do presente trabalho, adentrar-se-á especificamente ao contexto do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, no que tange aos princípios em jogo com a utilização dessas políticas públicas, bem como ao critério trazido pela Constituição Federal de 1988, de acesso aos níveis mais elevados de ensino, para, então, tomando por premissa inafastável tal critério, pois consagrado pelo Poder Constituinte originário, aferir-se a (in)compatibilidade das políticas públicas de reserva de vagas na seara do acesso aos níveis mais elevados de ensino.

O trabalho será dividido em três seções. A primeira versa sobre esclarecimentos acerca da distinção entre regras e princípio, bem como sobre o esclarecimento do que se entende por princípio da igualdade formal e da igualdade material.

A segunda traz a ideia central sobre a efetiva aplicabilidade das políticas públicas de ações afirmativas, como implementadoras de tratamentos desiguais entre grupos desiguais, na exata medida de suas desigualdades, de molde a materialmente igualá-los.

A terceira analisa se há guarda e compatibilidade entre o critério expresso na Constituição Federal de 1988, para acesso aos níveis mais elevados de ensino, e a política pública de reserva de vagas para os negros nas universidades públicas.

O presente trabalho acadêmico busca, através do método dedutivo de pesquisa, determinar se o uso da reserva de vagas em instituições públicas de ensino como forma de redução da desigualdade inter-racial é compatível com o atual ordenamento constitucional brasileiro.

1 A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIO E REGRA

Inicialmente, é crucial o esclarecimento acerca do significado dos termos princípio e norma. De acordo com as lições de Guilherme Peña de Moraes¹, os princípios constitucionais seriam extraídos de enunciados normativos de elevado grau de abstração e generalidade, e preveriam os valores que informam a ordem jurídica, com o escopo de informar as atividades produtiva, interpretativa e aplicativa das regras.

Nessa mesma trilha, ensina o preclaro Manoel Jorge e Silva Neto² que

Princípio se converte em locução ambígua, (...) Sinaliza para a ocorrência de diversas significações. Por isso que tentar descobrir a substância dos Princípios Fundamentais, sem que precedentemente, desvende-se o significado da expressão “princípio”, importa ignorar a amplitude semântica do vocábulo com todas as nocivas conseqüências advindas do assumir-se postura da ordem.

Com efeito, no que se refere ao termo princípio, em sentido lato, impõe-se rememorar a lição de Ivo Dantas³ que salienta que os princípios seriam categoria lógica e, na medida do possível, universal, apesar de não se poder esquecer que, antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivo, os princípios refletem a própria estrutura ideológica dos Estados, estrutura essa representativa dos valores consagrados por uma sociedade.

Note-se, outrossim, que, na esteira da doutrina de Guilherme Peña de Moraes⁴, os princípios constitucionais são recobertos de eficácia jurídica negativa e eficácia jurídica positiva. A primeira se dá em razão de os princípios impedirem a prática de atos ou a produção de normas contrárias aos seus propósitos. Já a eficácia positiva ocorre porque os princípios autorizam que sejam exigidas as prestações que compõem o seu conteúdo essencial

¹ MORAES, Guilherme Peña. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2010. p 92.

² SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p 260.

³ DANTAS, Ivo. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 1995. p 59-60.

⁴ MORAES, Guilherme Peña. Op. Cit., p. 92.

perante o Judiciário, com a finalidade de garantir a realização de tudo aquilo que a norma pretende no mundo do dever ser, e que não tenha sido concretizado no mundo dos fatos.

Nessa linha de intelecção, Plácido e Silva⁵ traz que os princípios jurídicos significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Representam, pois, o alicerce do Direito. E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura, jurídica universal.

Nessa mesma caminhada, mostra-se oportuno mencionar os ensinamentos do preclaro Celso Antônio Bandeira de Mello⁶, que assevera que princípio é mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Com relação à distinção entre princípios e as demais normas jurídicas, regras, tem-se que, pelo conteúdo, os princípios incorporam primeira e diretamente valores fundamentais. As regras jurídicas, por sua vez, ocupam-se mediatamente de tais valores. Nota-se, dessa forma, a existência de uma relação de complementariedade entre as duas categorias de norma jurídica, que não podem ser interpretadas mediante a total desconsideração umas das outras, sob pena de se lesar o sistema jurídico.

Segundo as lições de Guilherme Peña de Moraes⁷,

As regras são extraídas de enunciados normativos, com reduzido grau de abstração e generalidade, que descrevem situações fáticas e prescrevem condutas intersubjetivas, com a fenomenologia de incidência dirigida pelos princípios, de modo que eventual conflito é resolvido na dimensão da validade, à luz dos critérios cronológico, hierárquico ou especialidade, com a exclusão de todas as regras incompatíveis com o sistema de Direito Constitucional.

⁵ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. V.III. Rio de Janeiro: Forense. 1989. p.447.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros. p.230.

⁷ MORAES, Guilherme Peña. Op. Cit., p 90.

No mesmo sentido, quanto à distinção necessária acerca de princípios e regras, pontua Robert Alexy⁸ que

o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não apenas depende das possibilidades reais senão também das jurídicas. (...), as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não.

Em outro aspecto, nova forma de distinção é a que alude à apresentação ou forma e à maior especificidade das regras, que se contrapõe à forma enunciativa, ampla, aberta e principiológica.

Aliás, quanto à aplicação ou maneira de incidir, o princípio incide sempre, não obstante usualmente seja mediado por regras, sem que se aniquile, contudo, outros princípios aparentemente divergentes. Ao revés, as regras incidem direta e de forma excludente.

Nessa mesma ordem de ideias, consagra Manoel Jorge e Silva Neto⁹ que quando há intersecção entre princípios, o jurista que for resolver o conflito com base neles deve considerar o peso relativo de cada um, sendo claro que isso não determinará uma medida exata, porque será controvertida a conclusão a respeito de um princípio em particular ser mais relevante do que outro.

Noutro giro, funcionalidade ou utilidade dos princípios assumem papel de relevo, montando sua estrutura, enquanto nas regras tal lugar é ocupado pela regulação específica.

Contudo, apesar de clarívidas as diferenças, tanto os princípios, como as regras representam duas espécies de normas jurídicas, sendo essas últimas gênero donde promanam.

1.1 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p.86

⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Op. Cit., p 123.

Inicialmente, é de se fixar que o princípio da igualdade encontra-se albergado no grupo dos direitos fundamentais de primeira geração, sendo certo que seguindo-se as lições de Uadi Lammêgo Bulos¹⁰, “Direitos Fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status* social.”

Firmado, pois, o conceito de direitos fundamentais, repise-se que a Igualdade encontra-se albergada na primeira geração de tais direitos, tal qual a liberdade e a fraternidade, como ensina Paulo Bonavides¹¹, que pontua que

Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.

Nesse tom, impõe-se fazer expressa menção a fonte originária e de mais alto grau de ordenamento jurídico pátrio acerca do tema. Assim, dispõe o *caput* do art. 5º da Constituição da República de 1988 que 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 igualdade, a segurança e a propriedade.

De outro lado, não é de se olvidar que o princípio da igualdade é, também, expressamente mencionado até mesmo no Preâmbulo da Constituição, fato de todo relevante, não obstante o Supremo Tribunal Federal não entenda essa parte da Carta Magna como de caráter normativo-vinculante. É que, porém, ali, fica patente a intenção do legislador originário.

¹⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 287.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 562.

Nessa ordem de ideias, dotado de singular importância, o princípio da igualdade trata-se de norma supraconstitucional, sendo certo que se está diante de um princípio, direito e garantia, que tem o condão de submeter todas as demais espécies normativas.

Ensina, nessa trilha, o insuperável José Afonso da Silva¹² que é justamente por existirem desigualdades que se aspira à igualdade real ou material que alcance a igualização das condições desiguais.

Não se olvide, porém, que impõem a necessária delimitação de definições, quais sejam, as de "iguais perante a lei" e "iguais", como de salutar importância, as efetivas desigualdades, de várias categorias, eventualmente estabelecidas por lei, existentes na humanidade.

Nesse contexto, a respeito do tema atinente à interpretação, ensina David Schnaid¹³, que o hermeneuta deverá intrapretar e interpretar a norma, ou seja, primeiro ele deverá penetrar no íntimo da norma visando a sua exata compreensão, para dela extrair todas suas virtualidades e, depois, interpretar, vale dizer, revelar o sentido apropriado para o caso concreto.

Com efeito, acerca da magnitude do princípio da igualdade, pregado firmemente pela Constituição da República de 1988, ensina Manoel Jorge e Silva Neto¹⁴ que

a igualdade é perseguida pela Constituição em outros domínios da atividade humana, como no contexto das relações de trabalho (art. 7º, incisos XXX, XXXI, XXXII e XXXIV); dos direitos da nacionalidade, vedando-se tratamento distinto entre brasileiros natos e naturalizados, salvo as hipóteses descritas nas normas constitucionais (parágrafo 2º, art. 12); dos direitos políticos, atribuindo-se idêntico valor ao voto – one man one vote, como difundido pelos anglo-saxões – (art.14, caput); nas relações do Estado com o contribuinte, consolidando o princípio da igualdade no campo tributário (art.150, II e art. 152); a igualdade para o exercício da atividade econômica, traduzindo-se na redução das desigualdades sociais e regionais e na impossibilidade de concessão de privilégios aos entes paraestatais (art. 170, VII e parágrafo 2º do art. 173, respectivamente; e, por fim, na igualdade de condições para acesso e permanência na escola (art. 206, II).

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: RT, 1993, p.195.

¹³ SCHNAID, David. *A Interpretação Jurídica Constitucional (e Legal)*, in RT. 733:35. p.32/22

¹⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge . Op. Cit., p. 655.

Registre-se que, consagrada na Constituição da República, a igualdade de todos os seres humanos atine à igualdade material e à igualdade formal, pelo que a igualdade, em sentido lato, exposta na Carta Magna, deve ser fundamentalmente lida sob essas duas distintas variantes.

1.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL

A igualdade material impõe o tratamento idêntico a todos os seres humanos, pregando, contudo, principalmente, a devida equiparação quanto às possibilidades de concessão de oportunidades.

Nesse passo, leciona Uadi Lammêgo Bulos¹⁵ que

Como limite ao legislador, a isonomia impede que ele crie normas veiculadoras de desigualdades ilícitas e inconstitucionais. Enquanto limite à autoridade pública, os presidentes da República não podem praticar ações discriminatórias e os membros do Poder Judiciário não devem dar azo, em suas sentenças, ao cancro da desigualdade. Daí os mecanismos de uniformização da jurisprudência, tanto na órbita constitucional (recursos extraordinário e ordinário) como na infraconstitucional (leis processuais).

Partindo-se dessa premissa, a igualdade material é inerente, notadamente, às oportunidades, que inexoravelmente devem ser oferecidas a todos os cidadãos igualmente, em todos os aspectos da vida humana.

Contudo, malgrado tal ideologia seja de todo louvável, uma vez que consonante, inclusive, com o princípio da dignidade humana, base da Constituição da República, essa igualdade, de fato, jamais foi alcançada, não passando de mera ideologia acadêmica.

Não obstante, constam expressamente diversos trechos, que trazem à baila normas de caráter programático, na Constituição Federal de 1988, com a missão de levar a cabo as

¹⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. Op. Cit., p 301.

desigualdades fáticas, o que se pode facilmente depreender, por exemplo, do artigo 205, que trata da democratização do ensino, norma essa de extrema importância para o quadro geral do presente trabalho.

Em outro ângulo de visada, a Constituição da República de 1988 pontua, em diversos trechos, a progressiva redução das desigualdades materiais, não se desligando, outrossim, da observância das desigualdades sócio-econômicas no mundo fático. Fixe-se, porém, que os preceitos que têm a missão de densificar o ideal da igualdade material, são, em verdade, dotados de inegável inefetividade ou, às vezes, ineficácia, consoante se pode extrair da flagrante discrepância entre a legislação que determina o salário mínimo, e o que determina o artigo 7º, IV da Constituição da República de 1988, como missão que deve cumprir a verba salarial, em atenção satisfatória aos direitos fundamentais.

Por derradeiro, traz-se à baila o ensino de Uadi Lammêgo Bulos¹⁶ no sentido de que

Igualdade material, portanto, é a concretização da própria isonomia formal, que sai do papel para se realizar na prática, desdobrando-se nas seguintes modalidades: igualdade racial (art.4º, VIII); igualdade entre sexos (art.5º, D); igualdade religiosa (art.5º, VIII); igualdade de armas (art.5º, LV); igualdade jurisdicional (art.5º, XXXVII); igualdade de idade (art.7º, XXX); igualdade de trabalho (art.7º, XXXII); igualdade política (art.14); e igualdade tributária (art.150,II).

Assim, a igualdade, em seu aspecto formal, é concretizada pela isonomia material, a qual se refere à realidade cotidiana que, por sua vez, é explicitada sob diversos campos, quais sejam, a igualdade racial, religiosa, jurisdicional, entre sexos, política, tributária e, por fim, de trabalho.

1.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE FORMAL

¹⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. Op; Cit., p. 301.

Na trilha das lições de Uadi Lammêgo Bulos¹⁷, “A igualdade formal, presente entre nós desde o Império, é detectada pelo uso da expressão “perante a lei”. Assim, o Texto de 1988 a consagra quando diz que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art.5º, *caput*, 1ª parte).”

Nessa linha de intelecção, tratando-se, doravante, da igualdade sob o aspecto formal, essa última tem seu ponto de enfoque no artigo 5º da Constituição da República de 1988, que traz igualdade de todos perante a lei. Nesse aspecto, remanesce evidente que, aqui, se está, de fato, diante da igualdade, sob o viés formal.

Oportuno, no tema, desde logo trazer à baila os ensinamentos do preclaro doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet¹⁸ no sentido de que o princípio da igualdade encontra-se diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos.

Com efeito, a doutrina constitucionalista costumeiramente preconiza que o conteúdo de tal preceito seria o de dar tratamento diverso para pessoas desiguais, no que alude à conceituação do referido princípio, sendo certo, contudo, que as circunstâncias e em que medida seria constitucionalmente admissível que a lei desigualasse, não resultam, a toda evidência, aclaradas e extenuadas de dúvidas.

No ponto, bem delineando o tema, traz Manoel Jorge e Silva Neto¹⁹ que sempre que a discriminação é efetivada em razão de uma situação fática que a determina, está-se diante da discriminação legítima; entretanto, caso não haja correspondência entre o fator de desequiparação utilizado e uma circunstância de fato, o que se encontrará será a discriminação ilegítima.

¹⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. Op. Cit., p 301.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 89.

¹⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Op. Cit., p 655.

Na mesma direção, caminha o insuperável Celso Ribeiro Bastos²⁰, consagrando que o princípio da igualdade tem como feição característica e ímpar a de conferir tratamento igual aos iguais e, bem assim, desigual aos desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

A trilha da inteligência supra, todavia, demanda a aplicação de uma igualdade material que deve figurar como princípio norteador da sua hermenêutica, sob pena de não ser dotado de sustentabilidade mínima.

Noutro giro, vem João Mangabeira²¹ firmemente pontuar que a igualdade perante a lei não basta para resolver as contradições criadas pela produção capitalista. Considera-se que o essencial é igual oportunidade para a consecução dos objetivos da pessoa humana e ensina-se, outrossim, que, para igual oportunidade, é preciso igual condição. Igual oportunidade e igual condição entre homens desiguais pela capacidade pessoal de ação e direção.

Nesse tom, tomar por ponto de partida a desigualdade representaria uma forma correta de se aplicar a igualdade. É exatamente esse o espectro de atuação da atividade sob a ótica material da igualdade.

Ressalte-se que Manoel Jorge e Silva Neto²² ensina que

o art.3º, IV, CF, ao consagrar a cláusula constitucional da não discriminação e ao determinar a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, eleva-se ao status de princípio constitucional vinculante e conformador de políticas públicas, especialmente aquelas vocacionadas á efetivação da igualdade substancial. Por conseguinte, não há qualquer discriminação reversa no particular.

No ponto, já firmava o preclaro Kelsen²³ que a igualdade dos indivíduos sujeitos à ordem pública, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devem ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os

²⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1978, p.229.

²¹ MANGABEIRA, apud. PINTO FERREIRA, Luís. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1983, p.771.

²² SILVA NETO, Manoel Jorge e. Op; Cit., p 660.

²³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1974, p.203.

mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções.

Importa, nessa ordem de ideias, perquirir em que situações torna-se cabível o reconhecimento do *discrímen*, como ponto de partida para a igualização. Tal questão, consoante apregoa de forma singular o preclaro Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴, aponta para que o problema do conteúdo real da isonomia, insoluto anos a reio, terá recebido substanciosa achega para nortear-lhe o deslinde.

De outro viés, está devidamente respeitada a igualdade, segundo as lições de J. J. Gomes Canotilho²⁵, quando situações iguais não são arbitrariamente tratados como desiguais. Extrai-se, dessa última afirmação, a inarredável vedação ao arbítrio. Nessa linha de intelecção, o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária, despropositada ou sem qualquer justificação, ou mesmo fundada em premissas falsas.

Assim, é casuística a análise da legitimidade da eleição do *discrímen* a demandar a aplicação da sistemática supra versada, sendo de se ressaltar o parecer do ilustre doutrinador Manoel Jorge e Silva Neto²⁶ no sentido de que

Nem toda discriminação é reprovada pelo sistema constitucional. Embora seja verdade que a norma constitucional condene a escolha dos critérios origem, raça, sexo, cor e idade para desequioar as pessoas, não menos é que, em muitas situações, o recurso aos anteditos critérios termina por configurar até mesmo uma imposição ditada pela circunstância da vida. Comportamentos há nos quais se poderá perceber facilmente que, conquanto discriminatórios, não se interdita a sua realização.

Por conseguinte, há discriminações promovidas pela própria Constituição Federal, com base nos critérios origem, sexo, idade, com a finalidade de oportunizar uma necessária equiparação, tendo em vista a desigualdade, causada pela realidade da vida.

²⁴ MELLO, Celso A. Bandeira de. Op. Cit., p.13.

²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p.401.

²⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Op; Cit., p 656.

2. AÇÕES AFIRMATIVAS E A CONCREÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL

Inicialmente, no ponto específico atinente às ações afirmativas, leciona Manoel Jorge e Silva Neto²⁷ que

Os direitos fundamentais de quarta geração identificam-se aos direitos das minorias. Sendo certa a existência de histórica discriminação perpetrada contra minorias raciais e determinadas categorias de indivíduos, como é o caso das pessoas com deficiência, convergiu-se para a adoção das Ações Afirmativas.

Nesse tom, as ações afirmativas são consubstanciadas por políticas públicas ou privadas, sendo certo que o termo política traduz um conjunto de atividades, direcionadas a algum fim, as quais devem ser levadas a cabo com o fito de contribuir para a superação da incômoda e ilegítima situação de desigual distribuição de direitos e oportunidades, o que tem o condão de violar, em última instância, o postulado da dignidade humana, trazido pela Constituição da República logo em seu art. 3º, III.

Note-se, noutro ângulo de visada, que as ações afirmativas, rumo à concretização da efetiva igualdade, devem ser dirigidas à eliminação de injustificáveis e opressoras discriminações, bem como de suas inexoráveis consequências.

Por oportuno, ressalte-se que não faz parte da natureza do instituto das ações afirmativas o caráter de política perene e geral.

Ao revés, o que transparecem são ações pontuais que visam a preencher os descrímens eleitos, de modo a convergir, nessa linha de intelecção, para a concretização da Igualdade, sem perder de vista o caráter de Ação Afirmativa.

Segundo Manoel Jorge e Silva Neto²⁸, que bem desenvolve o tema, seria incontestável a tentativa de as ações afirmativas alcançarem a igualdade substancial, o que

²⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Op; Cit., p. 657.

²⁸ Ibid., p. 659.

não é estranho aos sistemas jurídicos pós-modernos, especialmente quando consolidado o constitucionalismo social após o início do século passado. Ademais, a mesma resistência oposta no passado às normas de direito social agora se oporiam às políticas afirmativas.

Nesse ângulo de visada, deve o alerta ser tomado com maior cautela, a fim de que se produzam Políticas Públicas de Ação Afirmativa, direcionadas a grupos e seguimentos em efetiva desvantagem, uma vez que a Constituição da República de 1988 assim determina como cogente dever estatal.

Assim, tomadas todas essas cautelas, desagua-se com maior especificidade no tema atinente às ações afirmativas, do qual se pode extrair de sua definição que tais se cuidam de ações públicas ou privadas, dotadas de temporariedade, com primacial meta a eliminação de injustificáveis e odiosas discriminações e suas conseqüências nefastas.

Quanto à consideração acerca da temporariedade da vigência das ações afirmativas empregadas para determinado fim, insurge-se contrariamente Manoel Jorge e Silva Neto²⁹ ao pontuar que

Se o propósito das ações afirmativas se prende à efetivação da igualdade substancial após anos e anos de preconceito dirigido a minorias raciais e étnicas ou a determinados grupos de indivíduos, é bem provável que a indigitada igualização só se opere a partir da consolidação de política afirmativa em sede de norma jurídica de caráter de perenidade, tal como acontece no nosso país com a reserva de postos de trabalho a empregados com deficiência (art.93 Lei n° 8.213/91).

Contudo, não se seguindo o específico entendimento supra, aqui se considera que a medida, em si, deve ser entendida mesmo como uma providência de caráter temporário, que vigorará, de forma a acelerar o processo de equalização das condições dignas de existência, em observância ao amplo acesso aos Direitos Fundamentais. É que não se trata de uma desigualdade permanente, ao contrário do que ocorre com portadores de deficiência, exemplificados no parecer do ilustre doutrinador, cujo parecer se trouxe à colação.

²⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Op; Cit., p. 658.

Nesse contexto, a elasticidade das ações afirmativas é tão maior quanto a criatividade da organização que as utiliza, e a intensidade da participação ativa da sociedade em razão da potencial diversidade de propostas e conhecimento da realidade local.

Outro ponto de relevo consiste na fomentação do comprometimento da sociedade como forma de estimular a adoção de medidas de discriminação positiva na medida das possibilidades negociadas de contribuição, fora dos marcos de uma economia da desigualdade pautada pelo uso oportunista da oferta de legítimo tratamento desigual, seja o uso travestido de pseudo-responsabilidade social.

Registre-se que se o processo histórico de uma sociedade dada informa um grande volume de ações tendentes a embaraçar o exercício de direitos de liberdade de credo existirá uma natural expectativa de uma profusão de adoção de medidas nessa área.

Por derradeiro, registre-se que o artigo 3º, I da Constituição da República de 1988 traz que sociedade solidária é meta intangível quando reside abissal desproporção nas condições materiais de existência dos indivíduos de dada sociedade, sem que se adotem medidas aptas a terem o condão de levar á mitigação das desequiparações. Nesse tom, importa ressaltar que uma dessas desequiparações remonta às ações afirmativas.

3. (IN)COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA UTILIZAÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS COM O CRITÉRIO EXPRESSO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, PARA ACESSO AOS NÍVEIS MAIS ELEVADOS DE ENSINO

Não obstante tudo que se expôs acerca do princípio da igualdade formal e material, bem como sobre a grande importância e missão conferida as políticas públicas de ações afirmativas, conferindo tratamento desigual aos desiguais, na exata medida de sua desigualdade, a fim de que se promova a igualdade material, importa saber se semelhante

ideologia encontra tranqüila aplicabilidade quando se está diante do acesso aos níveis mais elevados de ensino, através da política de reserva de vagas em Universidades.

Aqui, a premissa maior donde se deve partir, aliás, em todas as questões que vivem sob o pálio do ordenamento-jurídico brasileiro, é a Constituição Federal de 1988.

Assim, haja vista que se está diante da matéria atinente ao acesso aos níveis mais elevados de ensino, impõe-se a leitura do artigo 208, V, da Constituição Federal, o qual determina que o dever do Estado, no que tange ao tema atinente à educação, será efetivado mediante a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.

O acesso aos níveis mais elevados de ensino deve ser feito pelo critério meritório, ou seja, por aqueles que demonstrarem superior capacidade para o curso, ou profissão, a que se pretende alcançar e desenvolver ao longo da vida, e em benefício do desenvolvimento em geral do país, assim como de seu povo.

Tal norte, qual seja, o mérito, demonstra-se de singular importância, uma vez que, como se sabe, os níveis mais elevados de ensino conduzem a especializações em determinados seguimentos, para os quais é necessário que, antes, se tenha tido um regular ensino fundamental e médio, aliás, como bem assegura a Constituição Federal, em seu artigo 208, I, que traz que a educação básica é obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria. Aqui está um patente exemplo de Ação Afirmativa, expressa na Constituição da República de 1988, mas não levada a efeito, regularmente, pelo Poder Público.

Nesse passo, eventual desigualdade constatada na fase de concorrência para acesso aos níveis mais elevados de ensino deve ser solucionada na raiz, ou seja, na base da pirâmide, uma vez que se a muitos é oportunizado um ensino médio e fundamental deficiente pelo

Estado no desempenho de seu dever constitucional, esses, a toda evidência, estarão prejudicados no momento em que tiverem de demonstrar sua capacidade, a qual, repise-se, é critério expresso pela Carta Magna, de acesso aos níveis mais elevados de ensino.

A reserva de vagas para acesso aos níveis mais elevados de ensino a esses grupos prejudicados é o reconhecimento do próprio Poder Público de sua ineficiência no que tange ao ensino público pré-universitário, que agora se quer prorrogar para as Universidades.

Não é demais lembrar a importância do critério capacidade para se chegar aos níveis mais elevados de ensino, pois que, aqui, se está diante do avanço intelectual do país.

De outro lado, ao adotar o Estado a política pública de reserva de vagas, a desigualdade, que perdurou por todo ensino médio e fundamental, criada pelo próprio Estado, como o acima exposto, agora, se prorrogará para o espaço Universitário, o que, por corolário lógico, desencadeará vertiginosa queda no nível de ensino e, por conseguinte, dos profissionais que se formarão. Por última instância, e como efeito dominó, cairá de ponta a cabeça o desenvolvimento intelectual do país como um todo, no movimento direcionado ao desenvolvimento.

Outrossim, um ensino deficiente desde o ensino fundamental, passando pelo ensino médio, traz, sem dúvida, perdas irreparáveis aos prejudicados que, infelizmente, não podem ser presenteados com um acesso facilitado aos níveis mais elevados de ensino. Isso não terá o condão de apagar o passado e conferir capacidade aos prejudicados.

Aqui, é de se ressaltar que, malgrado entre os prejudicados prevaleçam os negros, por todo o histórico já visto nos capítulos anteriores, não é de se olvidar que dentre os lesados, a toda evidência, encontram-se pessoas de outras raças, sendo certo que, diante de tamanha mistura, torna-se praticamente impossível fazer-se qualquer separação, utilizando-se o critério de raça. A toda evidência, há pessoas de pele branca também prejudicadas pelo ensino público de baixa qualidade, conferido pelo Poder Público, em desrespeito à Constituição.

Aliás, a própria Constituição Federal proíbe no *caput* de seu artigo 5º qualquer distinção, utilizando-se como critério o assunto raça.

CONCLUSÃO

Por conseguinte, é de se ter que a utilização das políticas públicas de ações afirmativas, deve ser legitimamente levada a efeito tão-somente quando se estiver diante de uma desigualdade insolúvel, ou seja, não criada pelo próprio Estado.

É o que se dá, por exemplo, quando se está diante de pessoas portadoras de deficiência física ou mental ou, por exemplo, de idosos, de crianças, enfim, desigualdades que não podem ser resolvidas com outra ação estatal, que não o tratamento diferenciado.

Diferentemente, com relação à oportunidade de acesso aos níveis mais elevados de ensino, evidentemente, ter a pessoa cursado ensino médio e fundamental em escolas públicas, realmente, é fato que sempre deu origem a uma odiosa desigualdade.

Não era essa desigualdade, porém, criada pelo próprio Estado. Assim, a resolução da questão pelo Estado não deve importar em, como dito, prorrogar as desigualdades, originadas do descumprimento de seu dever constitucional, para, dessa vez, o âmbito dos níveis mais elevados de ensino.

É que, procedendo de tal forma, o Poder Público, agora, passará a ferir novamente a Constituição Federal, mas agora não somente o seu dever com relação aos ensinos médio e fundamental, expressos no artigo 207, I, da Constituição Federal. Dessa vez, estará o Estado descumprindo o critério fixado pelo poder constituinte originário, qual seja, o da prevalência

do mérito, para o acesso aos níveis mais elevados de ensino, expresso no artigo 208, V, da Constituição Federal. Comprometido estará, nesse passo, o próprio desenvolvimento do País.

De toda sorte, é de se reconhecer que é consonante com as técnicas promocionais da pós-modernidade a razoabilidade trazida no bojo da medida igualitária, a qual encontra guarida constitucional, a representar, portanto, dever Estatal no sentido de usar largamente ações positivas, no sentido da densificação do princípio da Igualdade e, em último grau, do princípio da dignidade humana.

Contudo, como já esclarecido, diante do critério da capacidade expressamente fixado pelo Poder Constituinte originário para acesso aos níveis mais elevados de ensino, qual seja, o da melhor capacidade, é de se deixar claro que são inaplicáveis, até pela ilegitimidade do *discrímen* eleito, as políticas públicas de ação afirmativa, para reserva de vagas aos níveis mais elevados de ensino, uma vez que a deficiência no ensino é promovida pelo próprio Estado, independentemente de raça, sendo certo, portanto, que o problema deve ser resolvido exatamente onde criado, vale dizer, nos ensinos anteriores ao de nível superior.

Insistindo-se, porém, com a aplicação dessas políticas públicas na seara do acesso aos níveis mais elevados de ensino, tal proceder comprometerá e atrasará o próprio desenvolvimento intelectual e científico do País.

RERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1978.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

DANTAS, Ivo. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1995.

FERREIRA, Luis Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1983.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. trad. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1974.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Forense: Rio de Janeiro, 1984.

MELLO, Celso A. Bandeira. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1990.

MORAES, Guilherme Peña. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.

SCHNAID, David. *A interpretação jurídica constitucional (e legal)*. v.733. São Paulo: RT., 1996.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. V.III. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: RT, 1993.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2010.