

JOSIANE CARINI ROCHA ALVES

**DAS AÇÕES AFIRMATIVAS
EM FACE DA DISCRIMINAÇÃO SOCIAL**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC/ MINAS GERAIS

2010

JOSIANE CARINI ROCHA ALVES

**AÇÕES AFIRMATIVAS
EM FACE DA DISCRIMINAÇÃO SOCIAL**

Monografia apresentada à banca examinadora do Curso de Direito, das Faculdades Integradas de Caratinga, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do professor Oscar Alexandre Teixeira Moreira.

FIC/CARATINGA

2010

Reservado à banca examinadora

Agradecimentos:

A Deus por ter me proporcionado a chance do conhecimento, à minha família, professores, orientadores e colegas pelo incentivo e apoio, a Silvanete Maria da Silva, Kercilene Silva Queoperro dos Reis e Daniella Carvalho, e especialmente a José Fernando Lucas sem os quais seria impossível alcançar tão importante conquista.

Homenagem Especial:

Aos meus padrinhos Mauro Lobo Martins Júnior e Maria do Rosário Grossi Lobo Martins que sempre acreditaram em mim, não medindo esforços nesta importante caminhada. A minha mãe Geralda Magela da Rocha, meu pai João Batista Afonso Alves, e irmãos João Batista Rocha Alves e Júlio Cesar Rocha Alves.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO..... | 07 |
| CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS..... | 09 |
| 1. AÇÕES AFIRMATIVAS | 12 |
| 1.1. Conceito..... | 13 |
| 1.2. História | 15 |
| 1.3. Objetivo | 19 |
| 2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA | 22 |
| 3. PRINCÍPIO DA IGUALDADE | 26 |
| 3.2. Igualdade Formal | 30 |
| 3.3. Igualdade Material | 33 |
| 4. A PROBLEMATIZAÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS | 35 |
| 5. DO ATENDIMENTO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS | 40 |
| 5.1. Do Atendimento ao Princípio da Igualdade | 40 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 42 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....; | 44 |
| ANEXOS..... | 48 |

RESUMO

O presente trabalho traz em seu contexto uma abordagem crítica científica concernente as chamadas ações afirmativas, comumente conhecidas como discriminação positiva e que vem auferindo espaços frequentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro. É cediço que as ações afirmativas referenciam-se as políticas que tem elementos determinantes, onde se destacam o fator do sexo, da raça, da cor, do credo religioso, com o objetivo de favorecer determinados grupos ou subgrupos, o que se faz objetivando enfrentar o cerne de questões historicamente de discriminação. Sabe-se que tal sistema, a princípio visa abrandar as desigualdades sociais, entretanto, a sociedade não recebeu de bom grado a inclusão das ações afirmativas, assim, na tentativa de promover a igualdade para todos, na realidade o sistema abriu caminhos para que aflorassem sentimentos de ódio racial e aumento de preconceitos. É notório que, ao se posicionar frente a este preceito normativo, logicamente surgiu um fortuito e conseqüente conflito com os ditames principiológicos da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), em especial ao princípio da igualdade. Evidencia-se a existência de pessoas com particularidades, assim a lei não deve fundamentar-se em critérios diferenciados, dando margem ao surgimento de tratamento individualizado e arbitrário, sendo indiscutivelmente irracional e ilícito abster-se em um único elemento estranho em face de situação específica, ou seja, o fator de peculiarização entre indivíduos.

PALAVRAS – CHAVE: Ações afirmativas – Discriminação – Princípio da Igualdade

INTRODUÇÃO

O hodierno estudo científico tem como principal objetivo propiciar uma análise conceitual do princípio da igualdade, estudando conceitos, leis, aplicabilidades e modalidades das ações afirmativas, demonstrando, por meio de estudos de preceitos fundamentais a violação constitucional do sistema, o que de certa forma vai de encontro a conceitos principiológicos, destacando no contexto o princípio da igualdade, em especial ao princípio da igualdade formal, inserido no artigo 5º caput da CF/88 (Constituição Federal de 1988).

Encontra-se o estudo fundamentalmente alicerçado em princípios constitucionais, e tendo objeto e delimitação respaldo no ramo do Direito Constitucional.

O tema, como se observa, proporcionará proeminente ganho social, tendo em vista tratar-se de assunto em evidência, e por se considerar que é justamente em favor da sociedade que todas as leis e ordenamentos são instituídos, e daí a constante investigação sócio-equitativas, objetivando a igualdade e equilíbrio dos valores sociais, imprescindíveis aos mais diversos grupos sociais.

Indubitavelmente que o ganho intelectual será gratificante, considerando a veicidade na busca do fortalecimento dos critérios principiológicos inseridos na CF/88, sendo que da valorização de conceitos e aplicabilidades, poderão surgir caminhos outros que tornem o sistema mais igualitário e justo.

A pesquisa científica, de outra forma, poderá propiciar a abertura de caminhos e soluções, cujos ganhos jurídicos sejam relevantes em face da possibilidade de surgirem inovadores instrumentos e mecanismos jurídicos que favoreçam o melhoramento do sistema, tornando-o justo e adequadamente social.

Apresentam-se assim no contexto os seguintes questionamentos: as Ações afirmativas teriam respaldo constitucional? O que deveria ser analisado em face das circunstâncias peculiarizadoras, quanto ao tratamento desigual no tocante a indivíduos inseridos nas classes sociais?

Tem-se assim a seguinte hipótese de solução para a questão supra citada: a norma não deve ter destinatário determinado e único, em detrimento de pessoas que possam usufruir de seus benefícios de forma igualitária e justa. A lei não pode assentar-se em discernimento diferenciado, em particularidade específica que singularize de modo incondicional um indivíduo em prejuízo a um regime que lhe é peculiar.

A presente monografia tem como metodologia a revisão bibliográfica; síntese a partir das análises de leis e princípios; resgates históricos e lógicos das bibliografias consultadas que permitirão a estruturação teórica da hipótese, assim como uma representação quantitativa do corpo teórico no sentido de obter as alterações que se fizerem necessárias.

A monografia será desenvolvida em formato de capítulos. Sendo que no primeiro capítulo serão abordados assuntos relativos às ações afirmativas, considerando os fatores históricos e objetivos. O segundo capítulo será estruturado no sentido de desenvolvimento de conceitos, objetivos e normatizações relativas ao princípio da dignidade da pessoa humana. O terceiro capítulo versará sobre as estruturas e abordagens que se destinam a demonstrar onde se encontram as inconsistências normativas, as fragilidades existentes, tais como: a incompatibilidade da norma em face dos princípios constitucionais, em especial o princípio da igualdade. O quarto capítulo consistirá no desenvolvimento da problematização existente no tocante a implantação das políticas de ações afirmativas. O quinto e último capítulo tratará sobre o desenvolvimento de um pensamento lógico e teórico que objetive apresentar propostas e caminhos, assim como, alternativas que possam propiciar soluções para o problema apresentado.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

O tema proposto, dada a sua importância e relevância social, pode ser visto de grande relevância para a humanidade, assim como imprescindível na contemporaneidade, haja vista ser um assunto de interesse de todas as classes sociais.

Para melhor compreendê-lo é necessário o conhecimento, assim como o delineamento de conceitos fundamentais, dentre estes importa destacar: as ações afirmativas, a noção de discriminação, assim como o conceito de princípio da igualdade.

Entende-se como ações afirmativas o conjunto de políticas públicas e privadas de caráter obrigatório, facultativo ou espontâneo, idealizadas em face da discriminação racial, de sexo, credo religioso e de origem pátrio, que objetivam sanar ou mesmo aplacar os efeitos presentes da discriminação até então ocorrida no meio social.

Sabe-se que em decorrência de inúmeras diferenças existentes entre os seres humanos é que a CF/88, por questão de justiça, instituiu parâmetros de igualdade cujo objetivo seria basicamente o de proteger os cidadãos contra as diferenciações arbitrárias de tratamento. Assim, todos os seres humanos são iguais perante a lei, ainda que haja particularidade serão tratados de maneira isonômica, como lembra o artigo 5º, caput, da CF/88, *in verbis*: “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, a liberdade, a igualdade, à segurança e à propriedade”.¹

Importa ressaltar que a pesquisa sobre as ações afirmativas possui caráter principiológico. Assim, adota-se como marco teórico de pesquisa o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

¹ ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 6.ed. São Paulo: Rideel, 2008, p.35.

A lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos senão houver adequação racial entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada.²

Segundo o doutrinador, não existe conexão racial e lógica entre o parâmetro desigualador e a desigualdade jurídica.

Assim, a lei não deve atribuir tratamento preferencial entre indivíduos, ainda que distinta seja sua raça, cor, sexo e religião, exceto se existirem razões moralmente relevantes para tratá-los diferentemente dos outros.

Desta forma, os critérios para beneficiar determinado grupo de indivíduos deveriam ser apreciados sob o ângulo objetivo e não subjetivo, isto é, para que uma lei venha a beneficiar certo indivíduo devem ser levados em consideração as qualificações, competências, habilidades e profissionalismo, objetivando assim o caráter de cada indivíduo e não critérios diferenciais e traços notadamente específicos que o diferencia das outras pessoas.

Entende Paulo Bonavides, sobre as vedações ao princípio da igualdade: “O princípio da igualdade veda, por conseguinte, a criação de desigualdades carentes de justificação e fundamentos reais, plausíveis e racionais.”³

As dificuldades relativas ao princípio da igualdade fazem-se notar quando se coloca em evidência a questão de saber se o legislador teria idoneidade jurídica e filosófica, suficientemente capazes de estabelecer critérios discriminatórios baseados em parâmetros objetivos e racionais, admissíveis sem que se desrespeite o princípio da igualdade.

Lícito e oportuno seria dizer que não existe princípio ressaltadamente valioso ou mais importante que outros, já que todos são igualmente consagrados na CF/88, dessa forma fica a inspiração da professora Taciana Nogueira de Carvalho Duarte que preceitua “somente a compreensão de que o tratamento aos direitos humanos

² DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p.39.

³ BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta: Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões**. 3 ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2004, p. 127.

deve ser absolutamente igualitário é que possibilitará a obediência nos mais variados níveis de todos esses direitos”⁴.

Daí, o importante para a prática real dos princípios constitucionais não é olhar de maneira crítica qual princípio sobrepõe aos demais, mas qual será aplicável para o tratamento de todos os indivíduos de tal maneira que todos tenham seus direitos atingidos e realizados de modo igualitário e justo.

Leciona Taciana Nogueira de Carvalho Duarte: “Os direitos fundamentais são normas de observância obrigatória e não podem ser dispostos em relação e/ou ordem de preferência, como meros valores à escolha aleatória.”⁵

Assim, os direitos de todos os indivíduos, sendo estes constitucionalmente estabelecidos, são preceitos e normas de observância obrigatória, não deixando margem de interpretação livre ao arbítrio dos legisladores, ou seja como meros valores à escolha arbitrária e aleatória.

⁴ DUARTE, Taciana Nogueira de Carvalho. **O direito de ter direitos: a mais valia dos desvalidos/ Organização de Durval Ângelo Andrade**. 1.ed. Belo Horizonte: Bigráfica [impressão], 2009. p.241.
⁵ _____. **O direito de ter direitos: a mais valia dos desvalidos/ Organização de Durval Ângelo Andrade** 1. ed. Belo Horizonte: Bigráfica [impressão], 2009, p.239.

1. AÇÕES AFIRMATIVAS

O tema ações afirmativas chegou ao Brasil carregado de debates e discussões no que concerne ao seu objetivo, porém na certeza de que corroborará no interesse e desenvolvimento de toda a sociedade.

A luta pela consolidação e afirmação dos direitos humanos trás consigo uma significativa trajetória de injustiças sociais . Observando-se que sempre foram os grupos de menores condições financeiras e educacionais que mais sofreram com o desrespeito e as discriminações por parte da própria sociedade.

A batalha contra a pobreza e a miséria nunca foi uma luta restrita em face da situação econômica, mas, de modo extenso, norteadas pela busca da cidadania plena e o respeito aos direitos fundamentais.

Passou-se então a constituir um problema não apenas para aqueles de condições econômicas desfavoráveis, gerando igualmente o interesse estatal devido principalmente a situação ter natureza e mecanismos repressores, donde advinha embutido o desrespeito discriminatório por parte de toda a sociedade.

Diante da situação, o Estado se sentindo refreado pelas lutas incansáveis de grupos que foram ignorados pela sociedade, achou por bem inserir as Ações afirmativas afim de aplacar as discriminações e preconceitos que vinham sendo infligidos àqueles de situação econômica desfavorável.

Entretanto, a inclusão das ações afirmativas não foi totalmente bem vinda e outras vezes aceita de bom grado pela sociedade em geral, já que o objetivo fundamental das Ações afirmativas é erradicar as desigualdades sociais por meio do favorecimento de determinados grupos de indivíduos em detrimento de outros.

A implantação desse sistema provocou grande discussão a cerca da discriminação social, pois os critérios de escolha dos grupos favorecidos em detrimento de outros, foram colocados de maneira arbitrária, sem fundamento lógico, justo e racional.

São nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello que argumenta:

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impede analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente, *in concreto*, afinado com valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.⁶

Em síntese, para o professor e doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, se necessário a escolha preferencial de determinados indivíduos ou grupos de indivíduos em face de outros, seria indispensável verificar se há justificativa racional e justa para atribuir o específico tratamento jurídico.

As discussões com relação à implantação das Ações afirmativas ainda não são pacíficas, considerando que dividem opiniões e muitas das vezes são colocados perante a sociedade como uma simples expressão, cujos conceitos possuem roupagens falsas e influenciadas por aqueles que o defendem, sem contudo significativo conhecimento dos critérios de aplicabilidade.

Para aqueles que querem entender o que seriam “as Ações afirmativas”, a seguir serão delimitados conceitos e definições.

1.1. Conceito

Segundo entendimento do jurista e doutrinador Joaquim Barbosa Gomes, as Ações afirmativas podem ser definidas como:

... um 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 passado⁷.

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 1ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 21.

⁷ GOMES, Joaquim Barbosa. **Ações afirmativas e o Princípio da Igualdade**. 22. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40.

Ainda no discernimento do jurista as Ações afirmativas seriam um agregamento de políticas adotadas que objetivam erradicar a discriminação acumuladas durante toda a história da sociedade em si.

Outro conceito que se firma basicamente no mesmo entendimento do doutrinador supra, é o pensamento de Daniel Sarmento:

Políticas de ação afirmativas são medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não, que visam a promover a igualdade substancial, através da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável, e que sejam vítimas de discriminação e estigma social⁸.

Sabidamente, não há o que se acrescer no tocante ao conceito de Daniel Sarmento, considerando ser o mesmo auto-explicativo.

Importa ainda enaltecer o entendimento conceitual sobre as ações afirmativas, que na visão de Renata Malta Villas-Bôas, são assim conceituadas:

Ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade⁹.

Assim são nas palavras de Renata Malta que as ações afirmativas têm como objetivo proporcionar a igualdade de tratamento de oportunidade para aqueles que venham a sofrer discriminação e marginalização em face da sociedade que as impõe.

⁸ SARMENTO, Daniel. **A Igualdade Étnico- Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação “ De Facto”, Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa.** In: Livres e Iguais. Rio de Janeiro: Lúmem Júris. 2006, p. 154.

⁹. VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o Princípio da Igualdade.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

Em face dos conceitos de doutrinadores e operadores do direito aqui ressaltados, é de se notar que se pacificam as definições de ações afirmativas numa única idéia, ou seja, de que elas seriam um tipo de mecanismo político, ou mesmo, medidas ou ações positivas, públicas ou privadas, coercitivas ou não, de caráter temporário e especial e cujo principal objetivo seria equilibrar o caráter discriminatório na sociedade como um todo, bem como garantir e promover a equidade e a justiça social.

1.2. HISTÓRIA

Interessante observar que na Carta das Organizações das Nações Unidas (ONU) de 1948, a confiança depositada no Estado enquanto mediador das ações de defesa e proteção dos direitos do ser humano era significativamente relevante, para não dizer imprescindível a toda uma universalidade de pessoas.

Era ele, justamente o Estado, o principal responsável pela obrigação de criar os mecanismos e as condições concretas que viessem a propiciar estruturas suficientemente fortes e adequadas no tocante aos direitos dos cidadãos, e que tivessem a faculdade de garantir a todos uma qualidade de vida amparada na sustentabilidade social.

Embora o trabalho desenvolvido pela organização tivesse como principal objetivo um alcance macro, esses direitos fundamentais, imprescindíveis em qualquer tipo de sociedade, e que necessitam ser efetivados e realizados para todos os seres humanos, não alcançava a todos como se apregoava.

Importa saber nesse contexto, que em nome de outros valores sociais, assim como valores econômicos de grupos potencialmente dominantes, as classes subalternas, ficavam, em grande parte prejudicada, sem a devida falta de assistência, às margens de direitos que sabidamente vinham sido criados para todos.

Como saída, para uma situação aflitiva que se delimitava exclusivamente em favor dos grupos dominantes e aos interesses sociais destes, é que as denominadas classes subalternas procuravam se organizar, buscando assim soluções que

propiciasse enfrentar essa contradição, que certamente não condizia com o que lhes era apresentado como benéfico a todos.

Desta forma, foram surgindo os vários movimentos sociais e populares, que objetivavam o domínio de cultivo e propriedade das terras que pudessem lhes propiciar melhores condições de vida e sobrevivência, assim como a tão almejada dignidade social.

É de se ressaltar no tocante a tantas lutas, as conquistas por melhores condições de aprendizado nas escolas, as intensas batalhas em favor da não discriminação contra os negros e índios, perseguidos e marginalizados em praticamente todas as civilizações.

A situação da mulher, que fora historicamente marginalizada socialmente e deixada de lado em praticamente todas as decisões e direitos, era igualmente uma luta que necessitava ser travada, sendo importantíssima na busca por igualdade de gênero.

Nesta linha de raciocínio, é importante a transcrição do entendimento de Carmem Lúcia Antunes Rocha:

Por outro lado, a igualdade jurídica boia em preconceitos incrustados na sociedade e que são históricos, como o é o conceito mesmo daquele princípio jurídico. Logo, a sua transformação faz-se pelo homem na história, e não simplesmente pela lei no Direito. Como o homem é o autor da História e titular do Direito a que se submete, compete-lhe transformar e desbastar os preconceitos e os privilégios que ameaçam ou esvaziam o sentido jurídico da igualdade, mudando-o para fazê-lo justo em sua afirmação e eficaz em sua aplicação.

O princípio jurídico da igualdade não é um princípio passivo ou estático, pois ele é uma projeção do querer político e do agir político de um povo manifestado no fazer e no aplicar o seu Direito.¹⁰

É de se observar que a luta pelo respeito aos direitos das minorias, da igualdade e liberdade entre indivíduos enquanto pessoa humana, se estendia assim paralelamente com o crescimento dos povos, e a cada conquista era saudada com glórias por aqueles que se perdiam em esperanças de que tudo poderia ser mudado.

¹⁰ ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. 1 ed. Belo Horizonte: Lê, 1990, p.28 -29.

Certamente, que a luta pelos direitos humanos destes grupos significava mais que uma luta pelos direitos, era uma luta política por transformação da sociedade e do Estado.

Indubitavelmente que esses grupos estavam plenamente conscientes de que se ficassem à espera da atuação do Estado, os seus direitos enquanto cidadãos seriam preteridos, ou seja, dificilmente reconhecidos, razão pela qual partiram em busca de soluções que proporcionasse melhores condições de vida em face da sociedade.

Portanto, trata-se obviamente da necessidade de criação de uma democracia social, participativa, ascendente e igualitária, na qual todos possam estar plenamente conscientes de seus direitos, e que estes sejam respeitados, proporcionando a contextura natural da sociedade.

Sem dúvida, aquele Estado que representa esse tipo de democracia, onde os direitos são devidamente respeitados e fortalecidos, se engrandece, enriquecendo-se por ter natureza nitidamente social, sendo elevado a essa condição por garantir os direitos sociais de todos, inclusive por tratar legalmente todos os indivíduos de maneira isonômica.

Importa colocar o entendimento de Carmén Lúcia Antunes Rocha:

... historicamente o que se atesta é que a igualdade, como antes assinalado, foi sempre preocupação do homem e a sua realização, ainda que com extensão maior ou menor em cada fase, foi buscada ou, de menos, cogitada.¹¹

Conforme salientado, o Estado, entendendo que necessitava de posicionar frente aos interesses de toda a sociedade resolveu criar mecanismos capazes de fortalecer os interesses sociais, instrumentos esses aptos a resolver a situação da discriminação social que vinha se agravando a cada momento.

¹¹ ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. 1 ed. Belo Horizonte: Lê, 1990, p.29.

Um dos mecanismos que se destaca na erradicação dos preconceitos foram às chamadas Ações afirmativas. Assim sendo, antes mesmo de assumir uma posição a cerca do tema contextual é mister que se faça uma abordagem histórica alusiva as Ações afirmativas.

A expressão teve sua origem nos Estados Unidos da América (EUA), que nos anos 60 devido ao extenso movimento de fazer do País uma importante caminhada rumo ao princípio da igualdade de oportunidade, assim foi por causa desse contexto é que o povo, inclusive aqueles que se sentiam discriminados tiveram forças de exigir do Estado para que se tomasse alguma postura concernente à melhoria de condições daqueles que de alguma forma eram discriminados.

Depois do surgimento dessas políticas nos EUA, houve a implantação das Ações afirmativas em vários Países, dentre eles: Índia, Canadá, África do Sul, Cuba, Austrália e outros.

As Ações afirmativas foram construídas no Brasil, historicamente através das Políticas Públicas que, gradativamente o Estado foi percebendo que já era tempo de tomar alguma postura a cerca do melhoramento e, talvez desenvolvimento da justiça social. Assim, por meio da democratização do País é que a sociedade passou a exigir do Estado que se manifestasse ativamente em relação à discriminação que alguns indivíduos, ou mesmo grupos de indivíduos estavam sofrendo, seja pelo motivo de cor, raça, gênero, sexo, etnia, idade e outros. Desta forma, a medida específica que o Estado adotou foram às chamadas Ações afirmativas, ou seja, medidas temporárias cujo objetivo primordial seria minimizar as desigualdades decorrentes das discriminações que vinham sendo presenciados.

Logo abaixo serão delineados acontecimentos e debates a cerca da formação das Ações afirmativas no passado até chegar o que ela é hoje.

O primeiríssimo debate acerca da criação das Ações afirmativas ocorreu no ano de 1968, onde membros do Ministério do Trabalho (MT) e membros do Tribunal Superior do Trabalho (TST) reuniram-se e manifestaram-se favoráveis acerca de uma criação de lei que obrigasse as empresas privadas a manter uma percentagem mínima de funcionários de cor negra. Tal lei teria como principal objetivo solucionar

o problema da discriminação racial no mercado de trabalho. Entretanto, essa lei apenas ficou na reivindicação, pois esta não chegou a ser elaborada.

Em 1980 ocorreu a primeira formulação de um projeto de lei acerca das Ações afirmativas, elaborado pelo deputado Abdias Nascimento, que em seu projeto de Lei nº 1332 de 1983 propôs ação satisfatória, vantajosa e compensatória para os afro-brasileiros, dando a estes oportunidades de ingressar em serviços públicos e concedendo aos estudantes negros bolsas de estudo. Tal projeto foi reivindicado, elaborado mas não foi aprovado pelo Congresso Nacional.

Nos anos seguintes, foram elaborados vários projetos de lei acerca das Ações afirmativas tendo como objetivo diminuir a discriminação inserida no meio social. Entretanto, projeto algum foi aprovado. O que de fato veio a ocorrer em 2001 à aprovação das políticas de Ação Afirmativa para a população negra por decisão do poder público.

Nos diferentes contextos abordados acima, percebe-se que as Ações afirmativas assumiram formas diferentes dada a cada situação, por exemplo, as Ações afirmativas às vezes eram voltadas em caráter voluntário ou mesmo obrigatórias, às vezes eram ações governamentais, às vezes privados, leis ou mesmo regulamentação. Enfim, essas políticas foram diferentes em suas formas, mas o objetivo que ela trazia em todas as suas modalidades eram voltadas unicamente para aquelas situações de tentar diminuir as desigualdades existenciais numa dada sociedade.

Mister se faz dizer que as principais áreas contempladas pelas Ações afirmativas no pretérito eram os mercados de trabalho e os sistemas educacionais.

1.3. Objetivo

O principal objetivo a qual se destina a implantação das Ações afirmativas, é indubitavelmente a busca constante pelo equilíbrio social, bem como pelo favorecimento daqueles indivíduos vitimados por qualquer forma de desigualdade acumulada ao longo dos anos, através da adoção das Ações afirmativas.

A razão maior pelo qual as Ações afirmativas se baseiam é na efetivação concreta do princípio fundamental consagrado pela CF/88, chamado Princípio da Igualdade, justificando a vantagem da propositura de tais ações por meio da interpretação do princípio da igualdade material a que se dispõe a promoção da justiça social, garantindo assim, aos grupos menos favorecidos maiores condições e oportunidades de crescimento.

É nas célebres palavras do professor Celso Antônio Bandeira de Mello (adotado como marco teórico de pesquisa), que pode se entender um pouco do princípio da igualdade:

A lei não dever ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes¹².

O professor supracitado, foi muito feliz quando disse que a lei não deve em hipótese alguma conferir privilégios ou mesmo perseguições, sobretudo a lei deveria ser um tipo de instrumento capaz de mobilizar a sociedade a fim de implantar o tratamento a todos os cidadãos de maneira igualitária.

Conforme o tópico a respeito do objetivo das Ações afirmativas Joaquim Gomes Barbosa por sua vez, aduz que:

... a ação afirmativa tem como objetivo não apenas coibir a discriminação do presente, mas, sobretudo eliminar os 'lingering effects', e, os efeitos persistentes (psicológicos, culturais e comportamentais) da discriminação do passado que tendem a se perpetuar. Esses efeitos se revelam na chamada discriminação estrutural, espelhada nas abismais desigualdades sociais entre grupos dominantes e grupos marginalizados¹³.

¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 1ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 10.

¹³ GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio da Igualdade**. 22.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.44.

Outra análise conforme o tópico abordado, é na concepção de Guilherme Peña, de acordo com seu entendimento as Ações afirmativas objetivam:

... conceder algum tipo de benefício a minorias ou grupos sociais que se encontrem em condições desvantajosas em determinado contexto social, em razão de discriminações existentes ou passadas, como as pessoas portadoras de deficiência física, idosos, mulheres e negros.¹⁴

Para finalizar o presente capítulo é importante salientar que toda a opinião aqui disposta converge-se em um único pensamento que é o de confirmar que as ações afirmativas possuem como principal objetivo alcançar a igualdade assegurada pela CF/88. Assim, pode se deduzir que as Ações afirmativas são tidas como mecanismos sociais visando à eliminação de todos os tipos de preconceitos, discriminações e marginalizações de ordem diversas, através da luta pela inclusão da equidade e justiça social.

¹⁴ MORAES, Guilherme Peña, et al. **Ações afirmativas no Direito Constitucional Comparado. Leituras Complementares Direito Constitucional – Direitos Fundamentais.** Salvador: PODIVM, 2006, P.145-146.

2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

É importante que se observe que o ordenamento jurídico brasileiro, estabelece diretrizes específicas que necessitam serem observadas quando da edição de leis infraconstitucionais, para que assim sejam asseguradas a todos, sem distinção, as garantias fundamentais.

É no entendimento de Taciana Nogueira de Carvalho Duarte, sobre a conclusão da dignidade da pessoa humana:

A dignidade é qualidade inerente à condição humana. O ordenamento jurídico que adota a dignidade humana como princípio norteador, veda a coisificação e a instrumentalização do ser humano. O direito não decreta a dignidade humana, posto que ela é atributo inerente da vida humana; a sua recepção na condição de princípio constitucional faz apenas o seu reconhecimento, com a imantação de direitos fundamentais, destinados a amparar a garantia da existência digna.¹⁵

Não se pode olvidar a importância que a doutrina, assinala quando se trata de fatores relacionados com a dignidade da pessoa humana, podendo até mesmo ser entendida como uma supervalorização, objeto este de supremacia em seu conteúdo e assim objeto de estudo no presente trabalho científico.

É possível visualizar todos estes procedimentos quando da edição das normas pelos legisladores, sejam elas no âmbito da CF/88 ou mesmo das normas tidas como infraconstitucionais, haja vista o cuidado do legislador em não ferir princípios doutrinários que são a base, o sustentáculo do bem comum.

No entendimento de Taciana Nogueira de Carvalho Duarte os Direitos Fundamentais:

Parece essencial esclarecer que dos direitos fundamentais foram elevados à condição de princípios constitucionais devido ao reconhecimento da

¹⁵ DUARTE, Taciana Nogueira de Carvalho, **O direito de ter direitos: a mais valia dos desvalidos/ Organização de Durval Ângelo Andrade** 1 ed. Belo Horizonte: Bigráfica [impressão], 2009, p. 236 - 241.

importância dos valores que encerram. A compreensão dessa posição principiológica é relevante para o estabelecimento oportuno da conexão entre os direitos fundamentais e a missão a eles delegada de transmutar-se em sustento da condição digna. Sendo assim, cabe pensar um pouco na disposição do princípio da dignidade da pessoa humana, posto que os direitos fundamentais-também princípios como demonstrado- seriam portanto, sustentáculo de um princípio-maior.¹⁶

Dentre os direitos e garantias fundamentais previstos na CF/88 ressalta-se a importância do inciso III do art. 1º quanto à dignidade da pessoa humana, tem-se que logo no início de nossa Carta Magna esse princípio é considerado um dos pilares. É de se observar ainda, que mesmo no caput é claro e objetivo tratar-se o Brasil de um Estado Democrático de Direito.

Segundo a doutrinadora Taciana Nogueira de Carvalho Duarte, sobre o princípio da dignidade da pessoa humana:

A dignidade da pessoa humana é o princípio permanente do ordenamento jurídico, sendo assim, visceral e indissociável dos direitos fundamentais. É o que se pode denominar aspecto pragmático-constitucional-relação entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana na ordem constitucional. Destarte, a tríade Dignidade-Direitos Fundamentais e Constituição é a diretriz da conduta estatal em particular, porquanto se trata do conjunto fundante da ordem jurídica como um todo.¹⁷

Fundamentalmente por se tratar de um Estado Democrático de Direito, o próprio legislador originário, já se encontra abstraído no sentido de não ferir princípios que outrora foram conquistados e tão relevantemente são considerados por todos aqueles que um dia houveram por conquistá-los.

Portanto, é de se entender que as leis necessariamente devem surgir e serem elaboradas com um espírito voltado em seu conteúdo para a adequação social, servindo de base ao bem comum, assegurando a todos a dignidade enquanto pessoa humana. Importa salientar que tudo tem o seu devido preço, e quando

¹⁶ DUARTE, Taciana Nogueira de Carvalho, **O direito de ter direitos: a mais valia dos desvalidos./ Organização de Durval Ângelo Andrade** 1 ed. Belo Horizonte: Bigráfica [impressão], 2009, p. 237.

¹⁷ _____. **O direito de ter direitos: a mais valia dos desvalidos/ Organização de Durval Ângelo Andrade.** 1 ed. Belo Horizonte: Bigráfica [impressão], 2009, p. 236 - 237.

surgem situações em que o preço não pode ser colocado em discussão, daí ressalta-se o valor da dignidade, da equivalência social.

Quase sempre são nas lutas sociais, não raras vezes em troca de sangue de inocentes, é que o princípio se vê fundamentado, daí a sua importância para o mundo jurídico, tendo em vista que são objeto de anseio e porque não disser angústia, até se chegar ao que seria convenientemente satisfatório socialmente.

Assim, pode ser entendido que o homem nasce, cresce, vive e morre sob o princípio absoluto da dignidade, sendo que este necessariamente deve possuir um caráter soberano, prevalecendo acima de qualquer outro princípio, em que seja o ser humano objeto, para que assim se justifique até mesmo a sua criação enquanto objeto de direitos.

Que adiantaria ao homem nascer e viver sem a sua dignidade, sem o seu valor social, se esta é a base, a razão, o orgulho de ser o que é. Não importando onde e quando é exercido esse direito, mas desde que possa exercê-lo livremente e nas condições que melhor lhe aprouver na sociedade, proporcionando a si e aos seus familiares melhores condições de sobrevivência.

Assim temos que as leis devem necessariamente, sob pena de serem consideradas inconstitucionais, estarem adstritas e intimamente ligadas a dignidade da pessoa humana, em caso contrário serem objeto de exclusão do mundo jurídico, por não atenderem a valores tão dignamente inseridos na CF/88.

Uma lei ou norma que esteja em desacordo com aquilo que já foi conquistado e encontra-se fundamentado no ordenamento jurídico não pode subsistir pois estaria assim afrontando princípios e declaradamente fora de sintonia com os verdadeiros anseios do ser humano, que é o valor máximo de um estado democrático de direitos.

Assim entende-se a valorização dada a pessoa, enquanto objeto máximo de uma democracia, algo importantíssimo, e que decorre do Estado democrático. É de observar que muitas das vezes é o princípio da dignidade humana visto como um princípio altaneiro, superior, considerando assim a dignidade da pessoa humana como um valor soberano, que é a base, de onde advêm todos os outros princípios e direitos fundamentais do homem.

Leciona Taciana Nogueira de Carvalho Duarte, sobre os Direitos Fundamentais:

Firma-se, então, a concepção de que os direitos fundamentais são a concretização da dignidade humana dentro da ordem constitucional; concretização esta que é evidenciada sob o aspecto de informadora de todo o ordenamento jurídico.¹⁸

Do princípio da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente elencado entre os direitos e garantias fundamentais é que surgem os direitos sociais estabelecidos na Constituição, donde se ressaltam os direitos à saúde, à educação, à assistência social, à moradia, ao trabalho, etc, estes imprescindíveis a uma vida digna.

Indubitavelmente que o Estado deve trabalhar e se construir com um pensamento firme, lógico e consciente em ver assegurados aos seus cidadãos todos os direitos sociais mínimos, para que este lhe venha a ser visto como uma dignidade que lhe é peculiar.

O trabalho, a educação, o lazer, a segurança, a saúde, a assistência, dentre tantos outros, deve obrigatoriamente ser pontos obrigatoriamente observados, visando garantir ao ser humano o mínimo necessário a sua sobrevivência com dignidade.

Percebe-se daí a relevância dada no tocante à dignidade da pessoa humana em todos os seus aspectos. A importância da efetivação de parte dos poderes constituídos do princípio de vê ser constante, sabendo-se que as pessoas objeto desse direito devem receber um tratamento diferenciado e justo para que possam assim receber de modo completo e satisfatório todos os benefícios dele inerentes.

¹⁸ DUARTE, Taciana Nogueira de Carvalho, **O direito de ter direitos: a mais valia dos desvalidos/ Organização de Durval Ângelo Andrade**. 1 ed. Belo Horizonte: Bigráfica [impressão], 2009, p. 237.

3. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

3.1. Conceito

O princípio, dentre este, o da igualdade, possui característica determinante e própria se observado e analisado relativamente aos direitos fundamentais, e encontra-se imbuído de mecanismos de conquista por direitos sociais.

Enquanto princípio torna-se desta forma à base de determinado ramo ou ciência, onde são absorvidas diretrizes apropriadas, que devem ser essencialmente observadas e respeitadas em favor de uma sociedade que sairá evidentemente fortalecida.

Conceitua-se etimologicamente o princípio como sendo a causa primária, o berço da interpretação das leis, o caminho que se deva tomar por base sem o qual se torna impossível adequar-se ao seu objetivo maior, qual seja ser o sustentáculo de normas e ciências.

Importa sublimar ainda que os princípios existem para servir de interligação entre valores e práticas. Os princípios são como guias, como norteadores que se objetivam a aplicação em um domínio específico e peculiar.

No entendimento de José Cretella Junior, o princípio é conceituado como sendo:

... fundamento ou a razão para justificar porque é que as coisas são como são. Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subseqüentes¹⁹.

Assim entende o autor que o princípio seria o embasamento, o motivo, o pretexto que determinam a qualidade de ser das coisas. Seria ainda, enquanto

¹⁹ CRETELLA JR. , José. **Elementos de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.89.

princípio de uma ciência, a base, a sustentação básica, imprescindível, onde se encontram adstritas todas as estruturas ulteriores.

Desta forma para efeito didático importa falar o que venha a serem princípios constitucionais para o ordenamento jurídico. Estes são tidos como as colunas mestras, que servem de base na interpretação das normas constitucionais, ordenando e unificando todo o sistema constitucional.

Aqui, justifica-se especialmente a apresentação específica e pormenorizada do princípio da igualdade, para que este venha a ser devidamente compreendido, considerando ser o objeto primeiro deste trabalho científico.

Conceitua-se assim o princípio da igualdade como sendo aquele em que todos são igualmente tratados em face da lei, sem distinção de qualquer natureza, não prevalecendo desta forma quaisquer tipos de discriminação que possa determinar privilégios ou diferenciações outras que não aquelas já devidamente permitidas em normas pré-estabelecidas.

Sendo assim, o preâmbulo do art. 3º da CF/88 já denota a igualdade como sendo um dos valores soberanos do Estado brasileiro, objetivando estar entre as metas do Brasil , *in verbis*:

Art. 3º ...

... ..

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação²⁰.

É de se observar que o princípio da igualdade vem repetido em diversos dispositivos constitucionais, realçando a preocupação do constituinte com a questão da busca, do tratamento de forma igual a todos os indivíduos perante a lei.

²⁰ ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 6.ed. São Paulo: Rideel, 2008, p.35.

Assim é o que preceitua o caput do artigo 5º que tem como título “Dos direitos e garantias fundamentais”, salientando em seu texto a importância da igualdade:

Art. 5º - **Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza** (grifo nosso), garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, a igualdade, a segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.²¹

Entende-se desta forma que o fundamento primeiro do Direito da Igualdade consiste no tratamento de todos de forma igualitária perante a lei, considerando que todos nascem e vivem em face dos mesmos direitos e são submetidos às mesmas obrigações perante a sociedade e o Estado.

O princípio da igualdade pode ser visualizado e compreendido em dois aspectos restritos, apesar de conceitualmente distintos, enquanto o princípio da igualdade na lei encontra-se voltado à isonomia, por outro lado o princípio consubstanciado na igualdade na lei é visto como aquele da não-discriminação ou vedações indiscriminadas.

Deste modo, pugnando-se em combater a discriminação nos deparamos com o princípio constitucional da isonomia. Entende-se desta forma que a não discriminação é a significativa manifestação do princípio da igualdade, cujo valor constitucional infunde no ordenamento jurídico brasileiro seus preceitos e finalidades.

Por conseguinte, o princípio em tema pode ser visto como uma diretriz genérica, donde o tratamento diferenciado é vedado em relação a pessoa em virtude de fatos injustamente desqualificantes.

O princípio da não discriminação, desta forma, está intimamente ligado ao princípio da igualdade na lei, hipótese esta adstrita às vedações de caráter discriminatório e que sejam definitivamente injustificadas.

²¹ ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 6.ed. São Paulo: Rideel, 2008, p.35.

O aludido princípio suplanta a idéia de igualdade perante a lei, pois vai além desta, considerando principalmente que acarreta a idéia de usufruto dos direitos fundamentais por todos os indivíduos.

Observa-se desta maneira, que os tratamentos normativos diferenciados somente serão compatíveis com a CF/88 quando verificada a existência de uma finalidade justificada, proporcional ao fim certo e determinado, ou seja, os fins justificam os meios.

Neste ponto, mister se faz uma sucinta análise do que seria o conceito de discriminação e como ela se aplica nas relações sociais dos indivíduos como um todo.

Assim, conforme leciona Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, discriminação é: “1. Ato ou efeito de discriminar. 2. Tratamento preconceituoso dado a certas categorias sociais, raciais, etc.”²²

A intolerância e preconceito estão intimamente ligados ao conceito de discriminação, e assim é que etimologicamente o termo vem do latim, *discrimáre*, que significa separar, distinguir.

Discriminação é portanto uma conduta pela qual se nega ao ser humano, com base em julgamento injusto e desqualificado, tratamento compatível com o padrão jurídico determinado, em face de uma situação concreta.

Tem-se desta forma que a discriminação poderá ocorrer de duas maneiras: direta ou na forma oculta, considerando que no primeiro caso a discriminação é explícita, de modo plenamente verificado a partir da análise do conteúdo do ato que objetivou a discriminação.

No tocante a discriminação oculta, pode ser entendida como aquela que se encontra imbuída de um disfarce, dissimulada pelo emprego de instrumentos visivelmente neutros, onde são ocultadas as reais intenções efetivamente discriminatórias.

²² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: O minidicionário da língua portuguesa: Século XXI**. 4 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001, p.239.

A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica.

Igualdade na lei constitui exigência destinada ao legislador que, na elaboração da lei, nela não poderá incluir fatores de discriminação.

A igualdade perante a lei, contudo, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância deste postulado pelo legislador importará ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade.

A igualdade perante a lei, contudo, traduz exigência destinada aos poderes executivo e judiciário, que, na aplicação da norma legal, não poderão utilizar critérios discriminatórios

Em suma, a igualdade perante a lei é a igualdade formal. Este princípio se dirige diretamente ao aplicador da lei, o que difere da igualdade na lei que remete este princípio ao legislador.

Tem-se assim que no primeiro caso o legislador, ao elaborar a lei deve reger situações idênticas com disposições iguais.

3.2. Igualdade Formal

De conformidade com as afirmativas conceituais quanto ao princípio da igualdade, importa observar as concepções formais e materiais que se apresentam a tal princípio. Assim, faz-se necessário em primeiro plano, a apresentação conceitual do princípio da igualdade formal.

Em sentido formal a igualdade objetiva consolidar, que em face dos olhos da lei, todos os indivíduos são tidos como iguais, devendo assim receber tratamento jurídico igualitário.

Não é admissível em nenhuma circunstância haver quaisquer modalidades de regalias, privilégios ou distinção entre seus destinatários.

É no entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, sobre as decorrências da abolição e proibição de privilégios:

A primeira decorrência, portanto, do princípio da igualdade é exatamente a *abolição*, e mais do que isso, a proibição, dos *privilégios*. Não podem ser abertas exceções à lei que favoreçam (privilegiem) indivíduos, ou grupos.²³

Desta forma, a igualdade formal é aquela positivada na CF/88, e que possui força normativa, logo sendo ilícita a distinção de indivíduos perante a aplicação da lei.

Assim conforme José Afonso da Silva²⁴ o princípio da igualdade formal visa “abolir os privilégios, isenções pessoais e regalias de classe”.

Na CF/88, tem-se a igualdade formal consagrada nos artigos 3º, incisos III e IV e artigo 5º caput, conforme subtítulo 3.1.

Partindo do pressuposto de que o presente trabalho objetiva de modo específico manifestar-se sobre o tema das ações afirmativas, e ainda, de que a opinião de doutrinadores renomados sobre a adoção de tais políticas acarretaria para a sociedade ações discriminatória em face daqueles privilegiados ou não, é que se achou por bem frisá-lo no contexto deste subtítulo.

O estudo estará assim voltado no sentido de posicionar-se na defesa ao princípio da igualdade formal, já que a não aplicação das ações afirmativas está interligada a interpretação e aplicação do princípio da igualdade na modalidade formal.

Ressalte-se ainda que além deste estar consolidado na CF/88 possui também caráter normativo, ou seja, será ilegal qualquer tratamento diferencial ou mesmo

²³ GONÇALVES FILHO, Manoel Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 110.

²⁴ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p.209.

preferencial a indivíduos que possuem traços diferenciais existentes em cada um dos indivíduos.

Assim, são nas palavras do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que melhor explica a importância do princípio da igualdade em face das ações afirmativas:

Supõe-se, habitualmente, que o agravo à isonomia radica-se na escolha, pela lei, de certos fatores diferenciais existentes nas pessoas, mas que não poderiam ter sido eleitos como matriz do discrimen. Isto é, acredita-se que determinados elementos ou traços característicos das pessoas ou situações são insuscetíveis de serem colhidos pela norma como raiz de alguma diferenciação, pena de se porem às testilhas com a regra da igualdade²⁵.

Desta forma numa abordagem bastante clara, o mesmo doutrinador e professor supracitado faz uma complementação de seu entendimento em relação ao princípio da igualdade formal, com base nas seguintes palavras: “Assim, imagine-se que as pessoas não podem ser legalmente desequiparadas em razão da raça ou do sexo, ou da convicção religiosa (artigo 5º *caput* da Carta Constitucional) ou em razão da cor dos olhos, da compleição corporal, etc”²⁶.

Em suma, a igualdade formal se firma no juízo de que todos os indivíduos, independentemente de traços específicos, devem ser legalmente tratados de maneira paritária, sem distinção ou mesmo diferenciação.

Antes mesmo de se abordar a respeito dos pontos negativos em relação à adoção das ações afirmativas, mister se faz discorrer sobre a outra modalidade do princípio da igualdade: a igualdade material. Tal espécie será objeto de destaque no subtítulo seguinte.

Se analisada sob o ângulo da CF/88, a igualdade formal tem o condão de necessitar ser aplicada sob os mesmos padrões para todas as pessoas, não havendo, portanto, em face da lei, grandes ou pequenos, ricos ou pobres, fortes ou fracos, o direito nivela a todos sem qualquer margem discriminatória.

²⁵ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p.15.

_____. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p.15.

Entende o doutrinador Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Entretanto, se a diferenciação é arbitrária, se ela não se coaduna com a natureza da desigualdade, não leva ela à igualdade, mas o privilégio, a uma discriminação. É esta, pois, em síntese uma diferenciação desarrazoada ou arbitrária.²⁷

Assim é que o princípio da igualdade formal tem como escopo a idéia, o alcance normativo consolidado, de que todas as pessoas possuem direitos de tratamento idêntico na lei, sendo vedadas as discriminações arbitrárias e sem razões plausíveis, que possam de alguma forma desqualificar aqueles que se encontram imbuídos do direito que lhe foram anteriormente atribuídos.

3.3. Igualdade Material

Após discorrer sobre a igualdade formal, faz-se necessário uma explanação sobre a igualdade material, que é também denominada doutrinariamente como igualdade real ou mesmo igualdade concreta.

Tem-se assim que na igualdade material o Estado tenciona a agir ativamente na sociedade objetivando amenizar as desigualdades sociais.

Deste modo, seria necessária a criação de mecanismos que garantisse igualdade entre os indivíduos, e para que isso ocorra necessário se faz que o Estado passe a olhar além do que a lei apresente em seu aspecto literal, ou seja, não basta a adoção da igualdade formal, é preciso que o Estado possua uma ótica interpretativa e extensiva da lei.

Por isso nas palavras de Serge Atchabahian, dispõe sobre a defesa da igualdade material com maior clareza:

²⁷ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 111.

... é necessário que o Estado se afaste da postura estática e passe a perseguir ativamente a realização preconizada na Constituição Federal, bem como a neutralização dos males decorrentes da diferenciação social, atuando ativamente no sentido de amenizar a questão das desigualdades sociais²⁸.

Em resumo almeja-se deslumbrar que a igualdade quando analisada em sua ótica material prepondera para pontos específicos e diferenciados que objetivam a proteção dos desiguais em suas desigualdades, tornando-os assim igualitários em face da lei.

Observa-se por este ângulo que o princípio da igualdade material tem por endereço o legislador, sendo que este em sua empreitada enquanto regulador das normas deve acima de tudo se regular constitucionalmente e jamais se afastar-se do tratamento isonômico que objetiva o instituto. Todavia, a igualdade, em alguns casos há de subordinar-se a algumas diferenças existentes entre os destinatários da norma, o que leva a conclusão da inexistência de uma igualdade absoluta no tocante a normatização da lei.

Importa salientar que o hodierno trabalho monográfico não se restringe na defesa da igualdade material, posicionando-se favoravelmente pela igualdade formal que será de forma diferenciada abordada nos capítulos seguintes.

²⁸ ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da Igualdade e Ações afirmativas**. 2. Ed. São Paulo: Editora RCS, 2006, p. 161.

4. A PROBLEMATIZAÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

As políticas de Ações afirmativas são voltadas para a inclusão étnica- racial, o que de fato vêm ganhando força e atenção de toda a sociedade nos últimos anos.

Tem-se assim, que antes não passavam de conjecturas bem distantes da prática, decorrido certo tempo, passaram a serem divulgados nos principais meios de comunicação, de tal forma a ocasionar no meio social a idéia de sua implantação.

Considerando que o tema é ainda pouco conhecido no país, seria conveniente explorar e apontar as questões polêmicas a respeito das Ações afirmativas.

Sabe-se que adoções de Ações afirmativas, assim advindas, não teriam respaldo constitucional na sociedade. Isso se deve ao fato de que feriria um dos princípios fundamentais consagrados na Constituição Federal, qual seja, o Princípio da Igualdade, em especial ao Princípio da Igualdade Formal como foi abordado em subtítulo supracitado.

Muitos doutrinadores que defendem a não adoção dessas políticas argumentam que as Ações afirmativas são políticas de discriminação, todavia, cingidos por uma roupagem falsa.

São nas palavras de Bader Sawaia que acredita que melhor defina sobre essa suposta roupagem falsa dita supra:

Na legitimação da exclusão, é necessário encontrar uma vítima expiatória sobre quem descarregar o pecado de marginalização, ou quase genocídio, de milhões. Essa vítima é o próprio excluído. O culpado não é um sistema, baseado em relações excludentes, que faz milhões de pobres. Não existe, dentro da ideologia liberal, espaço para o social. Por isso o ser humano é definido como um indivíduo, isto é, alguém que é um, mas não tem nada a ver com os outros. O ser humano ,pensando sempre fora da relação, é o único responsável pelo seu êxito ou pelo seu fracasso. Legitima-se quem vence, degrada-se o vencido, o excluído.²⁹

²⁹ SAWAIA, Bader. **As Artimanhas da Exclusão: Análise psicossocial e ética da desigualdade social**. s.ed.Petrópolis: Editora Vozes, 1999, p. 154.

Assim sendo, para aqueles que são a favor da inclusão das Ações afirmativas dizem que não tem jeito de agradar a todos os indivíduos, muito menos tratá-los de maneira igualitária sem excluir determinados indivíduos ou mesmo grupos de indivíduos.

Contudo, a maneira que eles favorecem determinados grupos de indivíduos em detrimento de outros são baseados em escolhas arbitrárias e sem fundamento racional e lógico, vindo de encontro a preceitos principiológicos, em particular ao princípio da igualdade formal.

Assim sendo, acreditam os doutrinadores que o objetivo das Ações afirmativas é basicamente diminuir as discriminações e marginalizações inseridas na sociedade, entretanto, por traz dessa falsa roupagem as Ações afirmativas nada mais fazem que favorecer grupos de indivíduos em detrimento de outros, através da escolha de critérios ou mesmo elementos diferenciais existentes nas pessoas.

Neste ínterim, o contexto apresenta os seguintes questionamentos: a implantação das políticas das Ações afirmativas é inconstitucional? Qual seria o critério adotado que autorizaria a distinção de indivíduos ou mesmo grupos de indivíduos sem ferir o princípio da igualdade?

Com o mesmo pensamento e lógica o professor Celso Antônio Bandeira de Mello põe em questão as mesmas interrogativas em um único parágrafo:

... qual critério legitimamente manipulável – sem agravos a isonomia - que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? Afinal, 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?³⁰

Muitas dessas e outras questões abordadas neste contexto terão suas hipóteses de soluções no capítulo seguinte, por ora serão acometidas tão somente as questões concernentes a implantação das Ações afirmativas.

³⁰ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p.11.

Um dos grandes desafios da sociedade hodierna é justamente encontrar solução para o problema da desigualdade, e via de consequência possibilitar efetivação do princípio da igualdade no Brasil, ou seja, fazer com que tal princípio não se restrinja a escritos, efetivando-se na vida social, garantindo e preservando direitos de cada um.

Para que o Estado cumpra sua finalidade social existe a necessidade de serem criados mecanismos, instrumentos estes capazes de tornar princípios consagrados CF/88 eficazes e aplicáveis ante a necessidade de cada um dos indivíduos.

Um dos instrumentos que o Estado achou por bem adotar foi à implantação das políticas de ações afirmativas, objetivando forte contribuição no combate as discriminações sociais, entretanto, ao invés de eficiência no combate das discriminações sociais a implantação das Ações afirmativas ajudou ainda mais no aumento das discriminações na sociedade.

No tocante a igualdade material é de observar que circunstâncias de aplicabilidade das ações afirmativas são negativadas em face do método real em que deveriam ser aplicadas, considerando que a igualdade formal é colocada de lado dando lugar a situações que tendem a prejudicar o indivíduo em decorrência da metodologia e de um sistema que não possui critérios reais de ajustamento que vise atender as situações de vulnerabilidade que se encontram os que necessitam ser atendidos.

A aplicabilidade da lei se corretamente realizada, ou seja, com a utilização do método formal, certamente não daria lugar a injustiças sociais, e o sistema se tornaria mais justo e igualitário, bem diferente do que se tem presenciado onde grupos sociais são discriminados em face da utilização do método de aplicabilidade material.

Alguns critérios que ora são adotados para a implantação das ações afirmativas, tais como, a escolha por raça, sexo, cor, origem, idade, convicção religiosa, etc, estão indubitavelmente revestidos em critérios arbitrários que não atendem aos anseios da sociedade e se tornam injustos para muitos daqueles que

por não estarem inseridos nos grupos supracitados são prejudicados na concretização de suas realizações.

Assim, como menciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

Com efeito, por via do princípio da igualdade o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concedeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo *igualdade*, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações *arbitrárias*, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos³¹.

Assim é que sem dúvida o critério adotado beneficia determinado grupo ou mesmo classe em detrimento de outros que realmente necessitam, adotando juízo crítico subjetivo, que nada tem a ver como o que se objetiva a formalidade do texto normativo.

Ao se beneficiar determinada pessoa, ou mesmo grupos de pessoas, aquele que se encontra em situação de vulnerabilidade social certamente se sentirá ofendido, ou mesmo excluído de Ações afirmativas que deveriam estar centradas no atendimento de todos sem qualquer tipo de discriminação social.

Assim sendo nas palavras de Bader Sawaia diz o seguinte:

A análise da exclusão por meio do brado de sofrimento capta as nuances finas das vivências particulares da mesma, demonstrando o que já foi dito anteriormente, que a exclusão não é um estado que se adquire ou do qual se livra em bloco, de forma homogênea. Ela é processo complexo, configurado nas confluências entre o pensar, sentir e o agir e as determinações sociais mediadas pela raça, classe, idade e gênero, nem movimento dialético entre a morte emocional e a exaltação revolucionária.³²

³¹ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p.18.

³² SAWAIA, Bader. **As Artimanhas da Exclusão: Análise psicossocial e ética da desigualdade social**. s.ed.Petrópolis: Editora Vozes, 1999, p. 110..

Ações neste sentido impedem que o indivíduo cresça pessoalmente moralmente e intelectualmente, ocasionado sérios danos sociais, sendo que as pessoas ao se sentirem excluídas de determinadas ações, não raras vezes passam a não acreditar no Estado, e conseqüentemente caem na ociosidade, no desânimo, deixando de produzir, de crescer, de elevar a sua situação como ser humano, bem como auxiliar o Estado no seu desenvolvimento econômico e social.

No entendimento de Celso Antônio Bandeira sobre as Ações afirmativas, tem-se que:

Deveras a lei não pode atribuir efeitos valorativos, ou depreciativos, a critério especificador, em desconformidade ou contradição com os valores transfundidos no sistema constitucional ou nos padrões éticos-sociais acolhidos neste ordenamento³³.

Assim, entende-se que efeitos valorativos ou depreciativos unicamente a critério especificador advindo da lei não são corretos pois colidem em formatos valorativos do sistema constitucional, bem como não atendem aos critérios ou padrões ético-sociais abrigados pelo ordenamento jurídico.

³³ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p.42.

5 – DO ATENDIMENTO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

5.1 – Do atendimento ao Princípio da Igualdade

Em face de todo o exposto neste trabalho científico é de se observar a necessidade e a importância de que nas relações sociais as pessoas que compõem o grupo social deveriam ser julgadas e respeitadas pelo caráter e não pela cor de sua pele, pela sua raça, sexo ou etnia religiosa.

Não se pode conceber que determinados grupos sejam favorecidos, em detrimento de outros, pelo simples fato de pertencerem ou não se adequarem a determinadas condições específicas, condições estas pré-estabelecidas socialmente, ou mesmo na interpretativa errônea das normas.

Evidencia-se em todo o estudo a necessidade de criação de outros tipos de mecanismos, instrumentos estes capazes de fomentar inovações, adequando às normas para que se possam diminuir as interpretações que visam acelerar as discriminações sociais, bem como, viessem coibir favorecimentos, o que obviamente não condiz com o verdadeiro entendimento do legislador.

Sem dúvida que mecanismos foram criados, houve avanços, que objetivaram a diminuição da discriminação social, porém, muitos deles ainda claramente ferem princípios da CF/88, em especial o princípio de igualdade, o que indiscutivelmente não é aceitável.

É necessária a efetivação de critérios não arbitrários, lógicos e raciais, todavia que não sejam unicamente subjetivos, dando margem na lei para que se possam atender determinados grupos que não aqueles originariamente pensados pelo legislador. Daí a importância de se direcionar o olhar para o caráter social do indivíduo, atendendo desta forma o pensamento lógico da norma constitucional.

Assim entende-se que a norma constitucional não deve ter uma interpretação fechada, única, objetivando apenas destinatário determinado em detrimento de pessoas que possam usufruir de seus benefícios de forma igualitária e justa.

No entendimento de Celso Antonio Bandeira de Mello:

Rezam as constituições- e a brasileira estabelece no art. 5º, caput-que todos são iguais perante a lei. Entende-se, em concorde unanimidade, que ao alcance do principio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia³⁴.

O texto normativo constitucional deve ser visualizado com aspecto amplo, que possa atender os grupos sociais ali dispostos, mas desde que estejam em situação de vulnerabilidade social e não pelo simples fato de contê-los.

³⁴ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p.09.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face de todo o exposto neste laborioso trabalho científico é notório que avanços ocorreram e que muito foi feito no tocante as discriminações, sejam elas raciais, sociais, econômicas, e outras.

Com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, popularmente intitulada de Constituição Cidadã, os direitos fundamentais passaram a ter uma relevante importância que até então não era reconhecida.

Os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, dos direitos sociais e fundamentais saíram enormemente fortalecidos de todo o processo, sendo hoje inclusive, muitos deles, tidos como cláusulas pétreas .

Apesar de tantas conquistas, do muito que já se definiu em termo de avanços e direitos dos cidadãos, ainda muito há de se fazer, se considerarmos principalmente o avanço auferido em termos de Direitos Humanos em outras nações do planeta.

No tocante as Ações afirmativas, que tem como objetivo aplacar as desigualdades e as discriminações, observa-se que os avanços também ocorreram de forma significativa, entretanto, ainda são inúmeros os problemas que advém da normatização, tendo em vista que as leis objetivaram atender a determinadas circunstâncias, entretanto, mal interpretadas acabam criando situações que não eram definitivamente o pensamento do legislador.

Evidentemente que com a inclusão das Ações afirmativas passa a norma a favorecer determinados grupos, criando assim certos privilégios, o que não é bem aceito em termos de princípios, pois estes trabalham com a generalidade e não em termos restritos e determinados de grupos e situações.

Assim, pelo exposto acima, nota-se claramente as Ações afirmativas, da maneira como é aplicada, fere frontalmente os princípios constitucionais, justamente por acolher determinadas situações que não fora o previsto pelo legislador originário.

Um dos princípios que mais são afrontados com a aplicabilidade das Ações Afirmativa é justamente o da dignidade da pessoa humana, que se encontra capitulado no inciso III do art. 1º de nossa Carta Magna.

Atenta-se ainda ao princípio da igualdade, que pode ser considerado um dos alicerces da Constituição Federal de 1988, ou de qualquer outra civilização, tendo em vista que este princípio se desrespeitado ou ignorado, não seja possível subsistir a dignidade do cidadão.

Outros princípios, não menos importantes, ainda podem ser relevados quando se trata de inclusão das Ações afirmativas, dentre estes o Princípio dos Direitos Fundamentais do Homem, o Princípio da Isonomia, e ainda, as Garantias Fundamentais do ser humano.

Em suma, vale concluir que apesar de serem importantes ao mundo jurídico, as Ações afirmativas não vêm cumprindo necessariamente o seu papel social que a objetivaram, necessitando serem melhor adequadas, assim como adaptadas de modo a atender a generalidade das pessoas, considerando que muitos são aqueles que, pelo simples fato de não terem nascido com qualquer tipo de deficiência orgânica ou física, ou mesmo não possuir a cor da pele diferente dos demais é marginalizado e excluído das Ações afirmativas por acreditar-se não merecedor das vantagens e privilégios que a lei outorga.

Necessário assim, não que as leis sejam refeitas, mas que sejam melhor interpretadas, não dando margem a situações errôneas que prejudiquem muitos daqueles que poderiam ser atendidos, e diga-se de passagem, necessitam da assistência do Estado, para a sua realização social, profissional e familiar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 6.ed. São Paulo: Rideel, 2008.

ARISTÓTELES. **A Política**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da Igualdade e Ações afirmativas**. 2.ed. São Paulo: RCS, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19.ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil de 1998**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta: Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BULOS, Vandi Lamêgo. **Elementos do Direito Constitucional**. Salvador: Nova Alvorada, 1996.

CARMO, Adriana do; TEIXEIRA, Afonso Henrique de Miranda e; ANDRADE, Durval Ângelo et al. **O direito de ter direitos: a mais valia dos desvalidos/ Organização de Durval Ângelo Andrade**. 1.ed. Belo Horizonte: Bigráfica [impressão], 2009.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2004.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Constituição Federal de 1988**. 1. ed. São Paulo: J. de Oliveira, 1999.

COSTA, Marcus Vinicius Americano da. **Institutos de Direito Constitucional: Inovação, Revisão, Reforma.s/d**, Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1998.

CRETELLA JR, José. **Elementos de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DANTAS, Ivo. **Constituição Federal: Teoria e Prática**. Volume I, Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

FARIA, Anacleto de Oliveira. **Do princípio da igualdade jurídica**. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: O minidicionário da língua portuguesa: Século XXI**. 4 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001, p.239.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GONÇALVES FILHO, Manoel Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GONÇALVES FILHO, Manoel Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

JUNQUEIRA, Ivan de Carvalho. **ABC dos Direitos Humanos**. São Paulo: Leme: J.H.Mizuno, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13 ed.. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LENZA. Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 10.ed. São Paulo: Método, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Guilherme Peña de. **Direito Constitucional-Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MORAES, Guilherme Peña, et al. **Ações afirmativas no Direito Constitucional Comparado. Leituras Complementares Direito Constitucional – Direitos Fundamentais**. Salvador: PODIVM, 2006.

MORAIS, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 4. ed. São Paulo: Atlas S/A, 2004.¹

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23.ed.São Paulo: Atlas, 2008.

ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. 1.ed. Belo Horizonte: Lê, 1990.

RUSSOMANO, Rosah. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Revista e atualizada, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

SANTANA, Jair Eduardo. **Direito Constitucional Resumido**. 3.ed. Belo Horizonte: Inédita, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. **A Igualdade Étnico- Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação “ De Facto”, Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa**. In: Livres e Iguais. Rio de Janeiro: Lúmem Júris. 2006.

SILVA, Carlos Gonçalves Afonso da. **Resumo de Direito Constitucional**. Vol. 13, São Paulo: J. H. Mizuno, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed.São Paulo: Saraiva, 2008.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o Princípio da Igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

WORD, Charles Howard; DE CARVALHO, José Alberto Magno. A **Demografia da Desigualdade no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: IPEA, 1994.

ANEXOS

ANEXO I

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO

Os representantes do povo francês, constituídos em Assembléia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das infelicidades públicas e da corrupção dos governos, resolveram expor, numa Declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta Declaração, constantemente presente a todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar seus direitos e deveres; de modo que seus atos do poder legislativo e do poder executivo, podendo ser a qualquer momento confrontados com o fim de toda instituição política, sejam mais respeitados, para que as reclamações dos cidadãos, fundamentadas em geral em princípios simples e incontestáveis, voltem-se sempre para a manutenção da Constituição e a felicidade geral.

Por conseguinte, a Assembléia Nacional reconhece e declara, em presença e sob os auspícios do Ser supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão:

Art. 1º. Os homens nascem e vivem livres e iguais em direitos. As diferenças sociais só podem ser fundamentadas no interesse comum.

Art. 2º. O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Art. 3º. O princípio de toda Soberania reside essencialmente na Nação. Nenhuma instituição nem nenhum indivíduo pode exercer autoridade que não emane expressamente dela.

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique outro: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem tem como única baliza a que assegura aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Essas balizas só podem ser determinadas pela Lei.

Art.5º. A lei só pode proibir as ações prejudiciais à sociedade. Tudo o que não for proibido por lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordena.

Art.6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer para sua formação, pessoalmente ou através de seus representantes. Ela deve ser a mesma para todos, seja aos que protege, seja aos que pune. Todos os cidadãos sendo iguais aos seus olhos são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem outra distinção, além de suas virtudes e seus talentos.

Art. 7º. Nenhum homem pode ser acusado, preso ou detido senão quando assim determinado pela lei e de acordo com as formas que ela prescreveu. Os que solicitam, expedem, executam ou fazem executar ordens arbitrárias devem ser punidos. Mas todo homem intimado ou convocado em nome da lei deve obedecer imediatamente: ele se torna culpado pela resistência.

Art. 8º. A lei só deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada.

Art. 9º. Todo homem é presumido inocente até ser declarado culpado. No caso de se julgar indispensável sua prisão, qualquer excesso desnecessário para se assegurar de sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei.

Art. 10º. Ninguém deve ser perseguido por suas opiniões, mesmo religiosas, desde que sua manifestação não atrapalhe a ordem pública estabelecida pela lei.

Art. 11º. A livre comunicação dos pensamentos e opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, embora deva responder pelo abuso dessa liberdade nos casos determinados pela lei.

Art. 12º. A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública: essa força é, portanto, instituída para o benefício de todos e não para a utilidade particular daqueles a quem ela está confiada.

Art. 13º. Para a manutenção da força pública e para as despesas da administração, uma contribuição comum é indispensável: ela deve ser igualmente repartida entre todos os cidadãos, de acordo com suas faculdades.

Art. 14º. Os cidadãos têm o direito de constatar, por si mesmos ou por seus representantes, a necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente e de vigiar seu emprego, de determinar sua quota, lançamento, recuperação e duração.

Art. 15º. A sociedade tem o direito de pedir contas de sua administração a todos os agentes do poder público.

Art. 16º. Toda a sociedade onde a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.

Art. 17º. Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dele privado senão quando a necessidade pública, legalmente constatada, assim o exija evidentemente, e sob a condição de uma justa e prévia indenização.

ANEXO II

Declaração Universal dos Direitos do Homem

Preâmbulo

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade, e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade,

Considerando ser essencial que os direitos do homem sejam protegidos pelo império da lei, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão, **Considerando** ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, **Considerando** que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, **Considerando** que os Estados Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do homem e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

A Assembléia Geral das Nações Unidas proclama a presente Declaração Universal dos Direitos do Homem como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância

universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Artigo 1

Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo 2

I) Todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

II) Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

III)

Artigo 3

Todo o homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo 4

Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos estão proibidos em todas as suas formas.

Artigo 5

Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo 6

Todo homem tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.

Artigo 7

Todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos tem direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo 8

Todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo 9

Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo 10

Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo 11

I) Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa.

II) Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Artigo 12

Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques a sua honra e reputação. Todo o homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Artigo 13

- I) Todo homem tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.
- II) Todo o homem tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

Artigo 14

- I) Todo o homem, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.
- II) Este direito não pode ser invocado em casos de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Artigo 15

- I) Todo homem tem direito a uma nacionalidade.
- II) Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

Artigo 16

- I) Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, tem o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.
- II) O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.
- III) A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

Artigo 17

- I) Todo o homem tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.
- II) Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

Artigo 18

Todo o homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar

essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Artigo 19

Todo o homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras.

Artigo 20

- I) Todo o homem tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas.
- II) Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

Artigo 21

- I) Todo o homem tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.
- II) Todo o homem tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.
- III) A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

Artigo 22

Todo o homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

Artigo 23

- I) Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
- II) Todo o homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
- III) Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a

dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

IV) Todo o homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo 24

Todo o homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

Artigo 25

I) Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

II) A maternidade e a infância tem direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Artigo 26

I) Todo o homem tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

II) A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

III) Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Artigo 27

I) Todo o homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de fruir de seus benefícios.

II) Todo o homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

Artigo 28

Todo o homem tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

Artigo 29

I) Todo o homem tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

II) No exercício de seus direitos e liberdades, todo o homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

III) Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Artigo 30

Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer direitos e liberdades aqui estabelecidos.