

CONCURSO ESMPU DE MONOGRAFIAS 2008

**POLÍTICA DE COTAS: MITIGAÇÃO
DA ISONOMIA EM AÇÃO AFIRMATIVA?**



Concurso ESMPU de Monografias - 2008

**POLÍTICA DE COTAS: MITIGAÇÃO DA ISONOMIA EM
AÇÃO AFIRMATIVA?**



República Federativa do Brasil
Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
ANTONIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS

Câmara Editorial Geral
ODIM BRANDÃO FERREIRA – Coordenador (MPF)
FRANCISCO REZEK (MPF)

CRISTIANO OTÁVIO PAIXÃO ARAÚJO PINTO (MPT)
JOSÉ EYMARD LOGUÉRCIO (MPT)

ALEXANDRE CONCESI (MPM)
JOSÉ CARLOS COUTO DE CARVALHO (MPM)

PAULO JOSÉ LEITE FARIAS (MPDFT)
MÁRCIO NUNES IORIO ARANHA OLIVEIRA (MPDFT)

Escola Superior do Ministério Público da União

Concurso ESMPU de Monografias - 2008

**POLÍTICA DE COTAS: MITIGAÇÃO DA ISONOMIA EM
AÇÃO AFIRMATIVA?**

Brasília-DF
2009



Concurso ESMPU de Monografias Escola Superior do Ministério Público da União

Uma publicação da ESMPU
SGAS Av. L2-Sul, Quadra 604, Lote 23, 2ª andar
70200-901 – Brasília-DF
Tel.: (61) 3313-5114 – Fax: (61) 3313-5185
Home Page: <www.esmpu.gov.br>
E-mail: <editoracao@esmpu.gov.br>

© Copyright 2009. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Ensino e Pesquisa
Miriam Lúcia de Azevedo

Divisão de Apoio Didático
Adriana Ribeiro F. Tosta

Núcleo de Editoração
Cecilia S. Fujita dos Reis
Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa – Chefe do Setor de Revisão
Renata Filgueira Costa – Preparação de originais e revisão de provas
Thaise dos Santos Leandro – Preparação de originais e revisão de provas

Núcleo de Programação Visual
Reinaldo Dimon – Projeto gráfico e diagramação
Lucas Cosso - Capa

Impressão
Gráfica e Editora Ideal Ltda. – SIG Quadra 8, 2268 – 70610-480 – Brasília-DF
Tel.: (61) 3344-2112
E-mail: <ideal@grafica.com.br>

Tiragem: 1.000 exemplares

As opiniões expressas nas monografias são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União

P769 Política de cotas : mitigação da isonomia em ação afirmativa? -- Brasília :
Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

290 p.

ISBN 978-85-88652-26-2

Publicado também em versão impressa, ISBN 978-85-88652-27-9
Concurso ESMPU de monografias – 2008.

1. Igualdade 2. Ação afirmativa 3. Ensino superior. 4. Política de cotas
CDD 341.2724

APRESENTAÇÃO

A lei de criação da Escola Superior do Ministério Público da União completou dez anos em 2008. Para marcar a data, elegeu-se um lema: “É criminoso discriminar”. Todas as atividades comemorativas foram desenvolvidas a partir daí e tiveram como principal objetivo discutir a discriminação no Brasil, seus efeitos, suas formas mais comuns de manifestação e as maneiras mais eficazes de combater esse tipo de prática.

O Concurso ESMPU de Monografias foi idealizado nesse contexto, com sua primeira edição como parte do calendário de comemorações dos dez anos. Com o tema “Política de cotas: mitigação da isonomia em ação afirmativa?”, a iniciativa pretendeu estimular a produção de estudos e pesquisas sobre o assunto, além de identificar ações bem-sucedidas na área, de colher propostas de políticas aplicáveis à atuação dos ramos do MPU e de promover a aproximação da sociedade com o trabalho desenvolvido pelos quatro ramos do Ministério Público da União.

Concorreram aos prêmios 44 trabalhos, sendo 28 na categoria “Servidores do MPU” e 16 na categoria “Estudantes de Graduação”. A presente publicação traz a íntegra dos textos vencedores. Com a divulgação das monografias, a ESMPU espera contribuir para o debate acerca de um tema tão importante para o país. A troca de ideias pode ser transformadora. O intuito deste livro é provocar a discussão e, com isso, estimular mudanças e colaborar com aquele que deve ser o objetivo de todos: a construção de uma sociedade mais justa e igualitária no Brasil.

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO



Sumário

CATEGORIA ESTUDANTES DE GRADUAÇÃO

Ação afirmativa e o princípio da igualdade: uma análise constitucional 13

Nathalie Albieri Laureano

Justiça, adequação e eficácia como critérios de implementação das cotas para negros em universidades brasileiras 87

Thatiana Bitti de Oliveira Almeida

Política de cotas: parâmetros para mitigação constitucionalmente adequada da igualdade formal 129

Siddharta Legale Ferreira

CATEGORIA SERVIDORES DO MPU

Sistema de cotas: instrumento de ação afirmativa na concretização da igualdade material 173

Maria Eloá da Silva Haas

Política de cotas para negros nas universidades públicas, igualdade e proporcionalidade 213

Bernardo Fachini

Cotas como meio de efetivação da igualdade material no e segundo o direito 259

Eduardo Carlos Ramalhosa Hortêncio



**AÇÃO AFIRMATIVA E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE:
UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL**

Nathalie Albieri Laureano
1º Lugar na Categoria Estudantes de Graduação

Sumário

1 - Introdução

2 - O princípio da igualdade

3 - Discriminações censuradas e discriminações positivas: limitações ao princípio da igualdade

3.1 - Ação afirmativa como discriminação positiva

4 - Restrição a direitos fundamentais e a regra da proporcionalidade

4.1 - Adequação

4.2 - Necessidade

4.3 - Proporcionalidade em sentido estrito

5 - Conclusão

Referências

Anexos

1 - Introdução

A ação afirmativa pode ser definida como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, cujo objetivo é a adoção de medidas para compensar, bem como para corrigir os prejuízos e efeitos presentes no abuso ou na discriminação praticada no passado, com vistas na concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais, como a educação e o emprego¹, e possui caráter transitório e emergencial. Assim, “faz referência a tentativas de trazer membros de grupos sub-representados, geralmente grupos que sofreram discriminação, para um nível de participação mais alto por meio de algum programa beneficiador” [tradução nossa]². A utilização de tais políticas teve seu pioneirismo nos Estados Unidos, a partir da década de 1960, e foi direcionada à inclusão dos negros nos mais diversos âmbitos daquela sociedade, ampliando-se para outros grupos considerados vulneráveis e vítimas de desigualdades de oportunidades, como mulheres, índios, latinos, entre outras minorias.

Há não muito tempo, a discussão sobre ação afirmativa foi iniciada no Brasil. Sua gênese tem base nas reivindicações dos movimentos negros no sentido de remediar as discriminações raciais perpetuadas desde o regime escravocrata expandindo-se também para outras minorias, como indígenas e estudantes de escola pública. Inicialmente focalizadas no processo de seleção de universidades públicas, as propostas expandiram-se também para o mercado de trabalho e para o acesso a cargos públicos e ganharam destaque pela proposta de adoção do sistema de cotas, uma das possíveis modalidades de ação afirmativa que consiste na reserva de um percentual de vagas³.

¹ GOMES, 2001, p. 40.

² GREENAWALT apud ROSENFELD, 1991, p. 42.

³ Nesse sentido, “com relação à sua aplicação, a ação afirmativa é usualmente associada à fixação de quotas, ou seja, ao estabelecimento de um número preciso de lugares ou reserva de algum espaço em favor de membros de grupos beneficiados. [...] Em primeiro lugar, é importante chamar a atenção para o fato de que o sistema de quotas é apenas uma das modalidades existentes de ação afirmativa [...] e praticamente não é utilizado nos Estados Unidos, na atualidade, por ser considerado inconstitucional” (MENEZES, 2001, p. 30-31).

Diversas universidades já implantaram o sistema. Um levantamento feito pelo Laboratório de Políticas Públicas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), denominado “Mapa das Ações Afirmativas no Ensino Superior”⁴, mostra que 79 instituições públicas de ensino superior adotaram políticas de ação afirmativa, e 70 delas adotaram algum tipo de reserva de vagas ou cotas (Anexo A), enquanto 9 adotaram a ação afirmativa baseada na concessão de pontos adicionais (Anexo B). Também têm sido implementados alguns programas de concessão de bolsas de estudos, como o Programa Universidade Para Todos (ProUni)⁵ e o Programa de Bolsas de Ação Social da PUC-Rio, cursinhos pré-vestibulares comunitários⁶ e alguns outros programas de menor extensão⁷.

Tramitam ainda no Congresso Nacional projetos de lei prevendo a instituição de políticas de ação afirmativa, como o “Estatuto da Igualdade Racial” (PL n. 3198 de 2000), que estabelece a implementação da ação afirmativa também no sistema público de saúde e no mercado de trabalho, entre outras iniciativas.

Dois importantes programas de ação afirmativa implementados no ensino superior brasileiro estão em discussão no Supremo Tribunal

⁴ Disponível em: <http://www.lpp-uerj.net/olped/acoesafirmativas/documentos/MAPA%20DAS%20COTAS_PDF.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2008.

⁵ Criado em 2004 pelo governo federal e institucionalizado pela Lei n. 11.096 de 2005, sua finalidade é a concessão de bolsas de estudos integrais e parciais a estudantes de baixa renda de cursos de graduação e sequenciais de formação específica em instituições privadas de educação superior, com a isenção de alguns tributos àquelas que aderirem ao programa. Alunos contemplados com bolsa integral e que estejam matriculados em cursos com no mínimo 6 semestres de duração e cuja carga horária média seja igual ou superior a 6 horas diárias de aula recebem também o Bolsa Permanência, benefício no valor de R\$ 300,00 mensais. O Programa também reserva bolsas aos portadores de deficiência e aos autodeclarados negros, pardos ou índios, respeitando o percentual destes por unidade da federação, segundo o último censo do IBGE (disponível em: <<http://www.mec.gov.br/prouni>>. Acesso em: 29 jul. 2008).

⁶ Exemplos: cursinho do Núcleo de Consciência Negra da USP, cursinho da FEA (USP), cursinho da POLI (USP), Cursinho Popular dos Estudantes da USP, Programa Pró-Universitário, Pré-Vestibular para Negros e Carentes (PVNC), Educafro.

⁷ Exemplos: Projeto Geração XXI, Programa Família XXI e Projeto Afro-ascendentes, pelos quais alguns alunos negros têm seus estudos financiados e acompanhados (SILVA, 2003, p. 63-78, 113-135, 167-191).

Federal por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3197 de 2004 (ADI n. 3197) e 3330 de 2004 (ADI n. 3330), ambas requeridas pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN).

A ADI n. 3197 tem por objeto a Lei Estadual do Rio de Janeiro n. 4151 de 2003, que estabeleceu um sistema de cotas para as universidades estaduais do Rio de Janeiro, e seu pedido de reconhecimento de inconstitucionalidade foi formulado sob o argumento de violação dos seguintes dispositivos constitucionais: art. 22, XXIV (competência legislativa privativa da União), art. 5º, *caput* (princípio da isonomia e interdição da discriminação), art. 206, I, art. 208, V (princípio democrático e republicano do mérito), e art. 19, III (vedação de preferências entre Estados), da CF, além do desrespeito ao princípio constitucional da proporcionalidade.

A ADI n. 3330 tem por objeto a Medida Provisória n. 213 de 2004⁸, que institui o Programa Universidade para Todos (PROUNI), e levanta questões referentes à imunidade tributária, alegando violação constitucional aos arts. 5º e 206 (princípio da isonomia), 207 (autonomia universitária), 208, V (mérito), 209 (livre iniciativa no âmbito das atividades de ensino).

Sendo o Supremo Tribunal Federal o órgão máximo do Poder Judiciário e cabendo-lhe a palavra final sobre a interpretação da Constituição Federal, grande é a expectativa por sua decisão acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de tais políticas. Ao que parece, a questão será dirimida primeiramente em relação ao PROUNI, tendo em vista que o julgamento da ADI n. 3330 já foi iniciado, porém interrompido pelo pedido de vista do ministro Joaquim Barbosa. O voto relator do ministro Carlos Ayres Britto julgou improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 11.096/2005. A ADI n. 3197 ainda não foi para a Plenária.

Diante do exposto, a presente monografia analisará a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa sob a perspectiva do princípio constitucional da igualdade. Analisar-se-á especificamente a aplicação da ação afirmativa no processo seletivo para ingresso

⁸ Essa Medida Provisória foi convertida na Lei n. 11.096, de 2005.

no ensino superior pautada nos critérios racial⁹ e social, tendo em vista que foi nesses moldes que se introduziu o tema no Brasil e é nesse âmbito que se encontra a discussão constitucional no Supremo Tribunal Federal, cuja decisão, entretanto, pode delinear o futuro da utilização da ação afirmativa de modo geral.

2 - O princípio da igualdade

Um dos principais argumentos da oposição às políticas de ação afirmativa é a violação do princípio da igualdade estabelecido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, e do princípio da não-discriminação, previsto em seu art. 3º, IV, na medida em que tais políticas estabelecem uma distinção entre os indivíduos e discriminam de forma reversa aqueles que não pertencem aos grupos não favorecidos, violando seus direitos em razão de critério proibido pela Constituição (origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação).

Faz-se necessário considerar, para os fins dessa análise, o caráter multifacetário desse princípio, presente em nosso ordenamento jurídico, bem como analisar “os diferentes ângulos sob os quais é possível visualizar a igualdade, para, na sequência, dela aproximar a chamada discriminação positiva, verificando se há ou não compatibilidade entre ambas”¹⁰.

O princípio da igualdade está disposto na Constituição Federal brasileira de 1988 em seu art. 5º, *caput*, nos seguintes termos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros resi-

⁹ Em virtude das peculiaridades históricas, culturais e econômicas das diferentes minorias raciais, o presente trabalho será focado nos afrodescendentes. Não obstante as propostas de ação afirmativa tratem também da população indígena, considerou-se mais interessante ater-se a uma análise detalhada das condições de desigualdade do principal grupo em foco na discussão sobre o tema. Os conceitos e análises aqui realizadas, no entanto, são aplicáveis para a verificação do cabimento da ação afirmativa para qualquer grupo que se encontre em situação de vulnerabilidade.

¹⁰ ALMEIDA, Fernanda, 2004, p. 39.

dentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

É necessário, entretanto, analisar a significação desse princípio e interpretar tal dispositivo sistemática e teleologicamente em relação ao ordenamento jurídico e à Constituição como um todo.

Assim, a Constituição Federal brasileira de 1988, além de estatuir o princípio da igualdade formal em seu art. 5º, *caput*, estabelece diversos dispositivos nos quais é possível vislumbrar o princípio da igualdade material. Pode-se identificá-lo, principalmente, na previsão da cidadania e da dignidade da pessoa humana como fundamentos da República, nos termos do art. 1º, II e III, da Constituição Federal, bem como no estabelecimento da redução das desigualdades sociais e regionais e na eliminação de quaisquer formas de discriminação como objetivos fundamentais da República, dispostos no art. 3º, III e IV, da Constituição Federal. Além disso, a Carta Magna é norteada pelo princípio da igualdade material também quando estabelece regras visando à eliminação de desigualdade no campo dos direitos sociais, como, por exemplo, as previsões de direito à saúde, à educação e à seguridade social. Podemos citar, a título de exemplo, o art. 7º, XXX, XXXI, XXXII, XXXIV; art. 170; art. 193; art. 194; art. 196, art. 205 e art. 206, I, entre outros.

Os direitos formais e os direitos materiais são colocados, então, na ordem constitucional brasileira como complementares, e não contrapostos, não devendo o princípio da isonomia previsto no art. 5º, *caput*, ser considerado isoladamente, como puro princípio de igualdade de todos perante a lei, mas em consonância com o princípio da igualdade material, previsto constitucionalmente nos dispositivos citados.

3 - Discriminações censuradas e discriminações positivas: limitações ao princípio da igualdade

O princípio da igualdade, previsto constitucionalmente, deve vincular o legislador, o intérprete e o particular. No entanto, verifica-se que a igualdade formal destina-se ao aplicador do Direito, ou seja, tanto ao órgão jurisdicional como ao administrativo, proibindo que estes façam qualquer distinção em relação ao indivíduo na execução

das normas; enquanto a igualdade material é mais propriamente destinada ao produtor do Direito, ao legislador, que, por meio da edição de normas que possibilitem o estreitamento das desigualdades materiais (sociais, econômicas e culturais), caracteriza o Estado intervindo em prol de uma equiparação dos indivíduos perante as condições da vida¹¹. A adoção de medidas concretas e objetivas para aproximar social, política e economicamente os jurisdicionados é tendência do constitucionalismo contemporâneo, assim como a exigência de que o legislador ordinário adote tais medidas¹².

Tem-se que a simples previsão constitucional da igualdade – tanto a formal quanto a material – é insuficiente para que sejam alcançadas a redução das desigualdades sociais e a mitigação da discriminação e do preconceito. Nesse sentido, Carmen Lúcia Antunes Rocha:

Em nenhum Estado Democrático, até a década de 60, e em quase nenhum até esta última década do século XX se cuidou de promover a igualação e vencerem-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualação injusta. Os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa, por condições econômicas inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade etc. continuam em estado de desalento jurídico em grande parte no mundo. *Não obstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, da liberdade igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa*

¹¹ Nesse sentido, Tércio Sampaio Ferraz Júnior estabelece a vinculação do legislador à igualdade material prevista pelos objetivos fundamentais da República, como seu destinatário, explicando que “como se supõe que a fixação constitucional de objetivos traduz valores que, no entanto, por si sós não permitem a percepção das diretrizes vinculantes, cabe ao intérprete direcionar a configuração da ordem social desejada, a partir da qual se dará o controle de constitucionalidade” (FERRAZ JUNIOR, 1990, p. 11).

¹² É o caso das normas constitucionais programáticas, que indicam planos ou programas de atuação governamental, reclamando lei ordinária que as complemente ou regulamente, bem como medidas administrativas, para que possam tornar-se efetivas (FERREIRA FILHO, 2003, p. 13).

*e comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política*¹³ [grifos nossos].

Desse modo, a correção das distorções sociais abrange três estágios. O primeiro estágio é a isonomia ou a igualdade perante a lei, incapaz de proporcionar, por si só, a igualdade concreta ou material. O segundo estágio é a previsão pelo produtor do Direito da criminalização de práticas discriminatórias. E o terceiro, a ação afirmativa ou discriminação positiva¹⁴.

Em relação aos dois últimos estágios, é necessário indagar quais discriminações são consideradas ilegais, que tipos de discriminação são proibidas, considerando que o próprio Direito desigualava seus destinatários e que é da essência das normas atribuir direitos e obrigações a pessoas que acumulem determinadas características, bem como especificar situações e regulá-las. Assim leciona a professora Fernanda Dias Menezes de Almeida:

[...] o princípio da igualdade deve limitar materialmente a atuação do Estado no momento da feitura da lei, vedando-se ao legislador estabelecer discriminações arbitrárias. Entenda-se bem: *não quaisquer discriminações – até porque as leis, em última análise, mais não fazem do que discriminar situações que devem ser normatizadas – e sim discriminações arbitrárias*¹⁵ [grifos nossos].

Assim, “o princípio da igualdade não significa que não possa haver desigualdades admitidas pelo direito”¹⁶. Diante do embate entre o princípio da igualdade – que proíbe os tratamentos desuniformes às pessoas – e a função precípua da lei – qual seja, a de dispensar tratamentos desiguais, discriminando situações por meio de um elemento diferencial e atribuindo a cada uma delas algum(ns) ponto(s) de diferença e regimes jurídicos correlatos e desuniformes –, coloca-se a grande questão: “quando é

¹³ ROCHA, 1996, p. 86.

¹⁴ MENEZES, 2001.

¹⁵ ALMEIDA, Fernanda, 2004, p. 43.

¹⁶ SOUZA JUNIOR, 2004, p. 39.

vedado à lei estabelecer discriminações, quais os limites que adversam este exercício normal, inerente à função legal de discriminar?”¹⁷.

Celso Antônio Bandeira de Mello segue analisando a problemática e afirma que a compatibilidade das discriminações com o princípio da igualdade depende de três questões: a) o elemento tomado como fator de desigualação; b) a correlação lógico-abstrata entre o fator e a desigualdade; c) a consonância da correlação com os interesses constitucionais, ou seja, a correlação lógico-concreta, em função dos valores prestigiados no sistema constitucional.

Em relação ao fator discriminatório ou *discrímén*, pode este ser determinado pela lei em função de qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, ao contrário da habitual suposição de 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 *discrímén*”. Assim, mesmo as discriminações baseadas nos fatores sexo, raça e credo religioso podem ser compatíveis com o princípio da igualdade, desde que obedeçam aos dois outros requisitos. Duas restrições são colocadas ao fator discriminatório: não deve nele ser erigido nem um critério tão específico a ponto de singularizar um destinatário no presente e definitivamente – não havendo, então, agravo à isonomia quando a lei atingir uma categoria de pessoas ou voltar-se para um só indivíduo indeterminado e indeterminável no presente – nem haver um traço diferencial que não resida na própria pessoa, coisa ou situação a ser discriminada, ou seja, o elemento diferenciador deve residir nelas mesmas.

A correlação lógica entre o fator de *discrímén* e a desequiparação procedida constitui o segundo e principal ponto para o exame da compatibilidade de uma regra ao princípio isonômico: “o *quid* determinante da validade ou invalidade de uma regra perante a isonomia é o vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais colecionados e a disparidade das disciplinas estabelecidas em vista deles”¹⁸,

¹⁷ MELLO, 1997, p. 13.

¹⁸ MELLO, 1997, p. 13.

sendo que tal correlação lógica é suscetível de fatores próprios das condições da época¹⁹.

Por último, o vínculo de correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles deve ser, *in concreto*, pertinente em decorrência dos interesses constitucionalmente protegidos, ou seja, a diferenciação de tratamento jurídico deve estar fundada em razão valiosa para o bem público.

Existem, portanto, discriminações consideradas proibidas e as discriminações permitidas ou positivas. Com vistas no combate do preconceito e da discriminação, óbices à implementação tanto do igual tratamento dos indivíduos perante as leis quanto da igualdade das condições de vida, o legislador proibiu certas condutas discriminatórias e a ela atribuiu sanções, tomando forma, então, o já mencionado segundo estágio da implementação da igualdade, previsto por Paulo Lucena de Menezes: a criminalização de condutas discriminatórias.

Entretanto, a legislação repressiva de combate à discriminação também não é bastante para a promoção da igualdade. A proibição da exclusão (discriminação) não resulta na inclusão (igualdade). Tem lugar, assim, o terceiro estágio proposto na correção das distorções sociais: a ação afirmativa ou discriminação positiva. Como já visto na teoria exposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, o tratamento desigual de pessoas pelo Direito pode estar de acordo com o princípio da igualdade se observados alguns requisitos. Nesse sentido, Joaquim Barbosa Gomes admite duas hipóteses nas quais a discriminação é legítima. A primeira hipótese são as situações especiais, nas quais a discriminação é inevitável em razão de exigências inerentes ao tipo de atividade ou em função de características pessoais dos indivíduos envolvidos²⁰, e a segunda hipótese é justamente a da ação afirmativa ou discriminação positiva²¹, cuja definição dada pelo autor é a seguinte:

¹⁹ A vedação às mulheres de certas funções públicas, por exemplo, parece obedecer à correlação lógica em determinado momento histórico e em outros, não (*idem*).

²⁰ O autor cita como exemplo do Direito pátrio a exigência de sexo feminino para candidatura a cargos de guardas de presídio feminino.

²¹ A própria Constituição Federal prevê casos de discriminação positiva em favor das mulheres (art. 40, III, e art. 7º, XX, regulamentado pelo art. 10, §3º, da Lei Eleitoral n. 9.504/1997) e dos portadores de deficiência (art. 37, VIII, regulamentado

Consiste em dar tratamento preferencial a um grupo historicamente discriminado, de modo a inseri-lo no “mainstream”, impedindo assim que o princípio da igualdade formal, expresso em leis neutras que não levam em consideração os fatores de natureza cultural e histórica, funcione na prática como mecanismo perpetuador da desigualdade. Em suma, cuida-se de dar tratamento preferencial, favorável, àqueles que historicamente foram marginalizados, de sorte a colocá-los em um nível de competição similar ao daqueles que historicamente se beneficiaram da sua exclusão²².

3.1 - Ação afirmativa como discriminação positiva

As desigualdades de oportunidades no acesso ao ensino superior devem-se principalmente à deficiência dos ensinos fundamental e médio públicos, o que faz com que estudantes que têm condições econômicas de estudar em escolas privadas tenham um maior preparo para obter sucesso no vestibular e, assim, mais chances de ingressar em universidades públicas.

É incontestável o fato de que o ensino superior no Brasil é elitista. Landislau Dowbor, analisando o número de matrículas com o nível de renda dos matriculados, afirma que, apesar de a gratuidade do ensino público ter por objetivo assegurar o caráter democrático da universidade, esta é essencialmente um instrumento de reprodução de privilégios²³ (ver Anexo C). Em outra pesquisa mais recente, Simon Schwartzman mostra que a renda domiciliar média dos estudantes brasileiro do ensino superior é de R\$ 2.772,00 (Anexo D) e conclui que “não há dúvidas, por uma parte, que estudantes de ensino superior se originam dos estratos de renda mais altos (ainda que existam muitos alunos oriundos de famílias pobres, inclusive em instituições públicas), e que os benefícios que obtém da educação superior são muito significativos”²⁴.

pelo art. 5º, §2º, da Lei n. 8.112/1990, art. 24, XX, da Lei n. 8.666/1993, art. 93 da Lei n. 8.213/1991).

²² GOMES, 2001, p. 22.

²³ DOWBOR, 1991, p. 42-43.

²⁴ SCHWARTZMAN, 1999, p. 13.

Conclui-se que, apesar da suposição de uma igualdade de condições para a competição segundo o mérito, o ensino superior no Brasil acaba sendo acessível aos candidatos provenientes de famílias com maiores rendas, capazes de custear uma educação fundamental e média privada, além de cursinhos pré-vestibulares de boa qualidade²⁵. Torna-se, assim, lícito o objetivo de sanar as desigualdades reais e atuais de oportunidades e de competição no acesso ao ensino superior entre os alunos prejudicados pela má qualidade do ensino público e aqueles que possuem condição financeira para uma educação privada, tendo em vista consistir em uma concretização de um princípio constitucional, o da igualdade material. Nesse sentido, o critério diferenciador deve ser social ou econômico, ou seja, o benefício deve ser voltado para aqueles que frequentaram escolas públicas, independentemente de origem étnica ou racial, averiguando-se, assim, uma correlação lógica entre o fator de *discrimen* e a desequiparação procedida.

Observa-se, no entanto, a existência de reais desigualdades no acesso às universidades também com base no aspecto racial. É comum a afirmação de que a distinção entre raças não tem mais lugar no Brasil, já que após a abolição da escravatura a miscigenação teria criado no País uma democracia racial e as desigualdades somente seriam atribuídas à divisão em classes sociais, não havendo ainda, como nos Estados Unidos e na África do Sul, uma discriminação legal e oficial a ex-escravos. Contudo, este *status* de “democracia racial”, é hoje em dia considerado um mito, como demonstram as estatísticas e os estudos desenvolvidos por sociólogos e antropólogos. Maria Luiza Tucci Carneiro afirma que em nosso País “há um racismo camuflado, disfarçado de democracia racial. Tal mentalidade, se pensarmos bem, é tão perigosa quanto aquela que é assumida, declarada. O racismo

²⁵ Assim, observa Fernando Dias Menezes de Almeida que, de acordo com dados dos vestibulares de 2003, 27% dos alunos da USP, 32% dos da UNICAMP e 42% dos da Unesp vêm da rede pública e que “ainda que pareçam números superiores aos que poderíamos esperar são ainda assim, números muito abaixo dos 85% para manter a proporcionalidade do que ocorre no nível médio e fundamental” (ALMEIDA, Fernando, 2004, p. 70). Consta ainda, em matéria publicada na Folha de S. Paulo em 2005, que “a rede estadual de São Paulo possui 85% dos alunos do ensino médio, mas estes representaram apenas 20% dos aprovados no último processo seletivo da USP” (TAKAHASHI, 2005b, p. 9).

camuflado é traiçoeiro: não se sabe exatamente de onde vem”²⁶. No mesmo sentido, Florestan Fernandes:

Por paradoxal que pareça, foi a omissão do “branco” – e não a ação – que redundou na perpetuação do *status quo* ante. [...] Entenda-se que nada disso nascia ou ocorria sob o propósito (declarado ou oculto) de prejudicar o negro. Na mais pura tradição brasileira, tal coisa não se elevava à esfera da consciência social; e, onde se descobrisse algo parecido (nas atitudes ou nos comportamentos de certos imigrantes e em discriminações anacrônicas, mantidas em determinadas instituições), desses mesmos círculos sociais partia o grito de alarma e de reprovação categórica. [...] engendrou-se, assim, um dos grandes mitos de nossos tempos: o mito da “*democracia racial brasileira*”. [...] Em vez de ser um elemento de dinamização modernizadora das relações raciais, era uma fonte de estancamento e estagnação, solapando ou destruindo tendências de caráter inovador e democratizador nessa esfera da convivência social humana²⁷ [grifos nossos].

Antonio Sérgio Alfredo Guimarães afirma que o termo “racismo” denota três dimensões: o racialismo, ou seja, uma concepção de raças biológicas; uma atitude moral em tratar de modo diferente membros de diferentes raças e uma desigualdade social estrutural entre as raças. O que existe no Brasil é um antirracismo, ou seja, a negação da existência de raças biológicas, o que não implica antirracismo, já que é inconteste a existência das duas outras dimensões: uma desigualdade social estrutural entre as raças²⁸ e uma atitude moral em tratar de modo diferente membros de diferentes raças.

Sob essa segunda dimensão de racismo, diversas pesquisas têm, atualmente, mostrado que, de fato, existem no Brasil desigualdades

²⁶ CARNEIRO, 1994, p. 7.

²⁷ FERNANDES, 1978, p. 250-263.

²⁸ A relativamente recente teorização de “raças” na Sociologia as define como “formas de classificar e identificar que podem produzir comunidades, associações ou apenas modos de agir e pensar individuais”. Essa nova teorização de “raças” é um “instrumento apto a revelar condutas políticas e instituições que, ainda que inadvertidamente, conduzem à discriminação sistemática e à desigualdade de oportunidades e de tratamento entre grupos de cor” (GUIMARÃES, 1999, p. 67-68).

entre classes sociais e desigualdades entre “grupos de cor” ou desigualdades raciais. Assim, ainda que certo o fato de que a população negra tem sua ascensão social dificultada por integrar, em sua maioria, as classes mais pobres da sociedade, compostas também por indivíduos não-negros, não se pode deixar de observar que a condição e a dificuldade de mobilidade social dos negros não são só determinadas pela sua condição social, mas também pela sua cor. A Síntese dos Indicadores Sociais 2005 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)²⁹ fornece alguns dados muito relevantes nesse sentido, trazendo alguns índices avaliados separadamente pela cor das pessoas, que são interessantes na avaliação das desigualdades em termos de raça³⁰. Importante observar a desigualdade referente ao rendimento-hora de porções da população branca, preta e parda com a mesma quantidade de anos de estudo, ou seja, indivíduos pretos e pardos com a mesma escolaridade que indivíduos brancos recebem menos³¹.

²⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2006. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/indicadoresminimos/sinteseindicais2005/default.shtm>. Acesso em: 24 abr. 2006.

³⁰ Assim, em relação à distribuição do rendimento, observa-se que entre os 10% mais pobres da sociedade brasileira, 33,4% são compostos por população branca e 66,6% pela população negra e parda, enquanto na porção dos 10% mais ricos, 84,2% são brancos e 15,8% são pretos e pardos. Em relação à educação e aos anos de estudo, as proporções também se revelam assustadoras. A taxa de analfabetismo é de 7,2% na população branca, enquanto na população preta e parda, 16,5% e 16,2%, respectivamente. A média de anos de estudo da população branca é 8,4, com rendimento médio mensal de 3,8 salários mínimos; enquanto a da população preta e parda tem de 6,2 anos de estudo, com rendimento médio mensal de 2,0 salários mínimos. Em relação ao nível de ensino frequentado por estudantes de 18 a 24 anos, de um total de 4.049.227 de estudantes brancos, 46,6% cursam o ensino superior, 5,7% o pré-vestibular, 35,5% o ensino médio e 11,1% o ensino fundamental; enquanto de 3.638.551 estudantes pretos e pardos, apenas 16,5% frequentam o ensino superior, 3,6% o pré-vestibular, 51,3% o ensino médio e 27,4% o ensino fundamental. Observa-se ainda que, em relação ao tempo de estudo, 26,4% da população branca tem até 4 anos, 23,9%, de 5 a 8 anos, 30,8%, de 9 a 11 anos e 18,3%, 12 ou mais anos; enquanto 42,6% da população preta e parda tem até 4 anos de estudo, 26,7%, de 5 a 8 anos, 24,4%, de 9 a 11 anos e apenas 5,8% tem 12 ou mais anos.

³¹ Primeiramente, observa-se que o rendimento-hora médio é de R\$ 5,9 para a população branca e de R\$ 3,2 para a população preta e parda. Assim, no grupo dos que têm até 4 anos de estudo, os brancos têm um rendimento-hora médio de R\$ 2,5 e os pretos e pardos, R\$ 1,9. Entre os que têm de 5 a 8 anos de estudo, o rendimento

Thales de Azevedo teorizou a sobreposição de duas hierarquias na estrutura social brasileira: uma ordem econômica de classe sociais, baseada em relações sociais abertas e de mercado, e uma ordem bipolar de status e prestígio, demarcada principalmente por marcas adstritas como “cor” e origem familiar³². Florestan Fernandes desenvolveu essas ideias de Azevedo e, retomando também as ideias de Caio Prado Jr.,

interpreta o “preconceito de cor” como um resquício da sociedade escravocrata, cuja função, na ordem capitalista, seria deletéria. No período de transição para o capitalismo, o preconceito teria a única função de resguardar as distâncias de uma hierarquia estamental já superada em termos de seus fundamentos econômicos³³.

A comprovação do tratamento desigual dos membros de diferentes grupos de cor, terceira dimensão do racismo, torna-se mais complexa, tendo em vista que são atitudes subjetivas e comportamentais da sociedade brasileira. Apesar do longo período de tempo que já nos separa do regime escravocrata e discriminatório, o comportamento e o pensamento racista ainda são bastante presentes em nossa realidade. Assim, Clóvis Moura disserta sobre diversos mecanismos seletivos estabelecidos pelas classes dominantes desde o período colonial, imobilizando o negro brasileiro na ascensão social. Como exemplos, cita

é de R\$ 3,5 para os brancos e R\$ 2,5 para os pretos e pardos. No grupo de 9 a 11 anos de estudo, os brancos ganham por hora R\$ 3,7 e os pretos e pardos, R\$ 2,8. Por fim, entre aqueles com 12 anos ou mais de estudo, o rendimento-hora médio da população branca é de R\$ 9,1 e o da população preta e parda é de R\$ 5,5.

³² O debate sociológico, segundo Antonio Sérgio Alfredo Guimarães, é firmado sobre duas hipóteses sobre a relação entre cor e posição social no Brasil: uma que explica nosso sistema de relações sociais pela permanência de uma hierarquia estamental criada pela escravidão e outra que teoriza as discriminações raciais como “discriminações de classe”. Mais acertada e de acordo com os dados estatísticos brasileiros parece estar a ideia presente nas teorias de Thales de Azevedo (1955) e Florestan Fernandes (1956), segundo a qual “[...] a sociedade brasileira não é, para ser exato, uma sociedade de classes, no sentido weberiano, ou seja, uma sociedade de mercados em que indivíduos livres competem entre si e se associam em busca de oportunidade de vida, de poder e de prestígio, mas sim uma sociedade ainda hierarquizada em grupos, cuja pertença é atribuída pela origem familiar e pela cor” (GUIMARÃES, 1999, p. 106-112).

³³ GUIMARÃES, 1999, p. 123-126.

a recente política do branqueamento e as normas discriminatórias nas Forças Armadas trazidas em 1945 e as propostas de esterilização da população não-branca em 1982, que tomavam o crescimento desta população como um perigo social, concluindo que:

O certo é que, depois de 400 anos de lavagem cerebral, o brasileiro médio tem um subconsciente racista. O preconceito de cor faz parte do seu cotidiano. Pesquisa realizada pelo jornal Folha de São Paulo, em março de 1984, sobre o preconceito de cor, constatou que 73,6% dos paulistanos consideram o negro marginalizado no Brasil e 60,9% dizem conhecer pessoas e instituições que discriminam o negro. Devemos salientar, como elemento de reflexão na interpretação desses dados, que é notável a tendência de se reconhecer mais facilmente a existência da discriminação racial nos outros do que em si mesmo. Apenas 24,1% revelaram alguma forma de preconceito pessoal³⁴.

Em 1995, a Folha e o Instituto de Pesquisas Datafolha realizaram uma investigação científico-jornalística sobre preconceito de cor no Brasil, definida por Florestan Fernandes como uma “contribuição empírica positiva à descrição de nossa realidade”³⁵. A pesquisa mostra a imagem que a sociedade brasileira tem de si mesma em relação ao preconceito racial e revela a descrença da maioria dos brasileiros na democracia racial³⁶.

Assim, não obstante haja um antirracismo na sociedade brasileira, conclui-se, pela existência tanto de uma posição estrutural de desigualdades sociais entre brancos e negros quanto uma atitude moral de tratamento diferenciado de membros de diferentes raças³⁷, fatos

³⁴ MOURA, 1988, p. 99.

³⁵ Apud VENTURI; PAULINO, in TURRA; VENTURI, 1998.

³⁶ Constatou-se que 89% da população acha que os brancos têm preconceito de cor em relação aos negros; no entanto, apenas 10% da população não-negra admitia ter preconceito de cor em relação aos negros. Na constatação de preconceito manifesto, por meio de uma bateria de perguntas e frases feitas que denotam ausência ou presença de preconceito, no entanto, apenas 13% dos entrevistados não manifestaram preconceito, enquanto 87% manifestaram algum preconceito (ver Anexos E, F, G e H).

³⁷ Raça em seu sentido sociológico, não biológico, qual seja, “formas de classificar e identificar que podem produzir comunidades, associações ou apenas modos de

que configuram a existência de racismo na sociedade brasileira e que legitimariam as políticas de ação afirmativa com critério racial, tendo em vista que tais políticas têm como justificativa, entre outras, o combate ao racismo institucional e aos efeitos cumulativos do racismo individual³⁸.

A presença do preconceito e da discriminação racial ou “de cor” nas escolas também instala uma situação de desigualdade entre crianças negras e brancas pertencentes à mesma classe social, acarretando em uma desigual condição de oportunidades e competição para uma vaga no ensino superior. Assim leciona Eunice R. Durham:

Nível de renda, escolarização dos pais e região de residência ou origem explicam boa parte da defasagem educacional dos jovens afro-descendentes, já que essa população acumula todos esses fatores negativos, cujos efeitos se multiplicam. Mas não explicam tudo. Se na média brasileira, considerando todas as idades, os que se classificam como pretos ou pardos possuem cerca de dois anos a menos de escolaridade que os brancos, quando se comparam taxas de escolarização das populações branca e não-branca nas mesmas faixas de renda e de escolarização dos pais as diferenças entre as duas categorias de fato diminuí, mas não desaparece: há uma diferença média de um ano a mais de escolarização dos brancos em relação aos negros. É aqui que se manifesta o peso do preconceito e da discriminação contra as crianças negras, e o problema se localiza na relação escola-família e no ambiente social³⁹.

A autora afirma que o preconceito, tanto em sua forma mais agressiva quanto mais sutil, por parte de alunos brancos e de professores, contribui para criar sentimentos de rejeição e de baixa autoestima, afetando o desempenho escolar de crianças negras, ainda agravado no caso de crianças pobres, que precisam trabalhar, e com pais pouco escolarizados. Assim, o ambiente doméstico não propicia elementos de valorização do estudo, reproduzindo a desigualdade educacional que afeta a população afrodescendente⁴⁰.

agir e pensar individuais”. (GUIMARÃES, 1999, p. 67)

³⁸ BECKMAN, 2004, p. 718-720.

³⁹ DURHAM, 2003, p. 16.

⁴⁰ DURHAM, 2003, p. 17.

Tais desigualdades raciais são refletidas no âmbito educacional. Alguns dados, resultados de pesquisa realizada em algumas universidades federais⁴¹, revelam as enormes distâncias que separam os segmentos raciais em relação ao acesso ao ensino superior (ver Anexos I, J e L)⁴². A pouca participação dos negros nesse processo também se reflete no corpo docente (ver Anexo M)⁴³.

Para sanar essa desigualdade educacional racial sobreposta à econômica, portanto, torna-se lícito o uso do fator racial como diferenciador para remediar a desigualdade de oportunidades no acesso ao ensino superior.

Portanto, nesse diapasão, tanto em relação ao critério social como ao racial, verifica-se a compatibilidade das discriminações estabelecidas por tais políticas com o princípio da igualdade. Caracterizada assim como discriminação positiva, a ação afirmativa não mitiga o princípio isonômico, mas, pelo contrário, configura um instrumento legítimo de promoção da igualdade material.

Além disso, por meio da ratificação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher⁴⁴, o Estado brasileiro incorporou em seu ordenamento jurídico a assertiva de que a implementação de políticas de ação afirmativa

⁴¹ Universidade Federal da Bahia (UFBA), Universidade Federal do Maranhão (UFMA), Universidade Federal do Paraná (UFPR), Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e Universidade de Brasília (UnB).

⁴² QUEIROZ, 2002, p. 31-33.

⁴³ Uma pesquisa realizada pela FUVest, USP, e pelo antropólogo José Jorge de Carvalho da UnB, divulgada no jornal *O Estado de S. Paulo*, mostra que o número de negros entre os professores universitários não chega, em média, a 1%. A pesquisa também demonstra a raiz do problema: a dificuldade dos negros para chegar à universidade pública (WESTIN, 2006, p. A21).

⁴⁴ Sobre a incorporação de tais normas internacionais no Direito interno brasileiro, vale mencionar que existe a corrente que considera que elas detêm *status* de lei infraconstitucional, com base no art. 102, III, b, da Constituição Federal, enquanto outra corrente entende que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, especificamente, detêm *status* de norma constitucional material, por força da interpretação teleológica do art. 5º, §2º, do texto. Entretanto, não cabe o aprofundamento dessa discussão no presente estudo.

não implica prática da chamada discriminação proibida, criminalizada no âmbito internacional. Tais Convenções determinam, em seus arts. 1º, §4º, e 4º, §1º, respectivamente⁴⁵, que as medidas de proteção afirmativa não serão consideradas como tratamento discriminatório, inclusive aquelas com critério exclusivamente racial, ressalvados os objetivos de assegurar progresso adequado de certos grupos ou de indivíduos que necessitem de tal proteção para proporcionar igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais e ressalvada a limitação da transitoriedade⁴⁶. Corroboram, assim, com a interpretação ora desenvolvida, segundo a qual se entendeu pela permissibilidade e legitimidade constitucional de tais políticas no sistema jurídico brasileiro.

⁴⁵ Art. 1º, § 4º. Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos (Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial). Art. 4º, §1º. A adoção, pelos Estados-Partes, de medidas especiais de caráter temporário visando acelerar a vigência de uma igualdade de fato entre homens e mulheres não será considerada discriminação, tal como definido nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, na manutenção de normas desiguais ou distintas; essas medidas deverão ser postas de lado quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento tiverem sido atingidos (Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher).

⁴⁶ “A partir dos instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro, é possível elencar inúmeros direitos que, embora não previstos no âmbito nacional, encontram-se enunciados nesses tratados e, assim, passam a se incorporar ao Direito brasileiro. [...] g) possibilidade de adoção pelos Estados de medidas, no âmbito social, econômico e cultural, que assegurem a adequada proteção de certos grupos raciais, no sentido de que a eles seja garantido o pleno exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais, em conformidade com o art. 2º (1) da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial” (PIOVESAN, 2007, p. 95).

4 - Restrição a direitos fundamentais e a regra da proporcionalidade

A Corte Interamericana de Direitos Humanos também veio contribuir para o melhor entendimento acerca das discriminações proibidas e positivas, firmando três elementos para determinar quando um tratamento jurídico diferenciado não constitui “discriminação” (em seu sentido negativo), mas apenas “diferenciação”: 1) os objetivos da norma ou medida que estabelecem o tratamento diferenciado devem ser lícitos; 2) a distinção deve estar baseada em desigualdades reais e objetivas entre as pessoas e circunstâncias; 3) a proporcionalidade deve ser obedecida⁴⁷. Os dois primeiros itens já foram analisados no tópico anterior, cabendo ao presente capítulo a verificação da observância da proporcionalidade.

Cumprir lembrar que as normas de direitos fundamentais podem apresentar duas diferentes estruturas, distinguindo-se entre regras e princípios⁴⁸. Alexy baseia essa divisão em sua estrutura e forma de aplicação: enquanto as regras expressam deveres definitivos e são aplicadas pela subsunção, os princípios são mandados de otimização, ou seja, expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes, sendo assim “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”⁴⁹. Tem-se, portanto, que normas de direitos fundamentais podem ter estrutura de regras ou de princípios e, assim, nem sempre serem absolutas. Princípios não são normas mais fundamentais ou mais importantes, mas exprimem um dever-ser *prima facie* que não é de-

⁴⁷ MELO, 1998, p. 79-101.

⁴⁸ Para os fins deste trabalho, adotar-se-á a chamada tese forte ou estruturante da distinção entre regras e princípios, da qual seus maiores representantes são Robert Alexy e Ronald Dworkin. Salienta-se, entretanto, a existência também da tese da coincidência, segundo a qual não há diferenciação entre essas duas nomenclaturas dadas às normas e a tese fraca, que adota um critério qualitativo de diferenciação e é amplamente adotada pela maior parte da doutrina brasileira, que defende que a distinção entre regras e princípios é uma distinção de grau, seja de grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade (SILVA, 2003, p. 607-630).

⁴⁹ ALEXY, 2008, p. 90.

finitivo e que pode não ser protegido ou observado em sua inteireza em face de uma situação fática.

Diante dessa teoria, nem toda restrição a direitos fundamentais é considerada inconstitucional. Pode haver, assim, uma lei que tenha como finalidade a proteção ou promoção de um direito fundamental e que implique a restrição de outro. Em face de tal colisão deve-se proceder a um sopesamento para que eles se realizem na maior medida possível, aplicando-se a regra⁵⁰ da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Tal regra possui três requisitos qualificadores, chamados também de subprincípios ou sub-regras – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – e tem sido constantemente invocada pelo Supremo Tribunal Federal como instrumento de solução de colisão entre direitos fundamentais⁵¹.

Nesse sentido, a ação afirmativa é uma política pública⁵² que visa à promoção de direitos fundamentais, mas que pode também implicar a restrição de outros, restrição esta que acarreta a oposição de diversos indivíduos à sua legitimidade. Segundo Christopher Edley Jr., “*a ação afirmativa é uma política que busca um direito, mas não um direito em si próprio*”. O autor passa a levantar questões que guardam relação com a aplicação da regra da proporcionalidade na análise da ação afirmativa, tais como: “ela funciona?” ou “os meios justificam os seus fins?”⁵³ [tradução nossa].

Indiscutível, portanto, sua submissão à regra da proporcionalidade, tendo em vista que as políticas de ação afirmativa são instrumentos que, buscando a concretização de um ou mais objetivos – e por isso

⁵⁰ Apesar de grande parte da doutrina brasileira fazer referência ao “princípio da proporcionalidade”, com base na classificação de Alexy, não pode ser considerado um princípio, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações (SILVA, 2002, p. 23-50; SILVA, 2003, p. 607-630).

⁵¹ MENDES, 2001, p. 18-19.

⁵² Em se tratando de uma política-meio para a consecução de um objetivo que envolve a promoção de direitos fundamentais, é pacífico o entendimento de que a ação afirmativa é caracterizada por sua transitoriedade, devendo durar apenas o tempo necessário para a consecução de seu objetivo, ainda que este tempo seja longo, porém nunca perpétuo.

⁵³ EDLEY JUNIOR, 1998, p. 15-16.

devendo ser temporárias –, são, por muitos, considerados violadores de direitos fundamentais⁵⁴.

4.1 - Adequação

A adequação é a exigência de que as medidas interventivas adotadas tenham aptidão para atingir os objetivos pretendidos, não sendo, no entanto, necessário que sejam eles completamente realizados.

Preliminarmente à análise da adequação, faz-se necessária a identificação dos fins pretendidos pelo “meio” ação afirmativa, quais sejam: a compensação ou a remediação dos efeitos das discriminações passadas, a promoção da diversidade nas instituições e na sociedade como um todo, e a promoção da justiça distributiva e a erradicação das desigualdades estruturais.

Fundamentada na concepção de justiça distributiva, a ação afirmativa estaria relacionada a uma “redistribuição equânime de ônus, direitos, vantagens, riquezas e outros importantes ‘bens’ e ‘benefícios’ entre os membros da sociedade [...] com o efeito de mitigar as iniquidades decorrentes da discriminação”⁵⁵. Sob esse fundamento, os defensores da ação afirmativa entendem que tais medidas justificam-se pela simples existência de desigualdades injustificáveis na sociedade. Dentro de tal corrente, da qual Richard Wasserstrom e Ronald Dworkin são os mais significativos representantes, existe uma vertente calcada sobre um prisma utilitarista. O argumento da utilidade social baseia-se na asserção de que

⁵⁴ Lincoln Caplan, embora não explicitamente se refira à regra da proporcionalidade, indica a propriedade da aplicação de regras similares na legitimação da ação afirmativa também nos Estados Unidos: “para prevenir a ação afirmativa de tornar-se um ilegítimo fim em si mesma ou um preguiçoso instrumento para um fim legítimo, é útil que se reconheçam princípios em pormenorizados padrões. Primeiramente, a ação afirmativa deve ser um instrumento razoável para um fim justificável. Após, o instrumento deve ser proporcional ao problema a ser solucionado. E então, a ação afirmativa deve ser vista como um processo gradual, com medidas mais intrusivas aplicadas apenas quando as menos intrusivas falharem. Finalmente, deve ser o mais transparente possível, exigindo que as instituições exponham por si e por outras os objetivos que estão tentando alcançar e os mecanismos que pretendem usar” (CAPLAN, 1997, p. 52) [tradução nossa].

⁵⁵ GOMES, 2001, p. 66.

[...] a redistribuição de benefícios e ônus na sociedade têm o inegável efeito de promover o bem-estar geral, eis que ao se reduzirem a pobreza e as iniquidades, tendem igualmente a desaparecer o ressentimento, o rancor, a perda do autorrespeito decorrente da desigualdade econômica⁵⁶.

Para Dworkin, a ação afirmativa consistiria principalmente em um mecanismo para combater a “discriminação estrutural (padrões sociais e econômicos arraigados na sociedade norte-americana, em função de injustiças praticadas durante gerações, de baixas expectativas, de educação deficiente e de preconceitos instintivos, que influenciam as perspectivas de vida das pessoas)”⁵⁷. É nesse prisma também que Owen Fiss argumenta que “[...] a ação afirmativa deve ser vista como um instrumento que busca erradicar a estrutura de castas através da alteração da posição social do grupo mais subordinado de nosso país”. Vislumbra-se nessa visão a teoria da justiça distributiva, ao afirmar que, “na medida em que se dá uma maior parcela das posições privilegiadas da sociedade aos membros desse grupo subordinado, nós melhoramos a posição relativa desse grupo e assim, fazemos uma pequena, mas determinante, contribuição para a eliminação da estrutura de castas”⁵⁸.

A utilização da justificativa remediativa ou compensatória, argumento comum no debate brasileiro, também tem relação com a igualdade material, na medida em que enfatiza a não-discriminação e a igualdade de oportunidades, sendo, assim, uma forma de restituição. Sob tal perspectiva, a medida tem caráter restaurador, representando “um ressarcimento por danos causados, pelo Poder Público ou por determinadas pessoas (físicas ou jurídicas), a grupos sociais identificados ou identificáveis”⁵⁹. Segundo Jules Coleman, a justiça compensatória cuidaria de “restaurar um equilíbrio que existia entre essas duas partes antes do envolvimento voluntário ou involuntário

⁵⁶ GOMES, 2001, p. 68.

⁵⁷ MENEZES, 2001, p. 39.

⁵⁸ FISS, 1997, p. 37.

⁵⁹ MENEZES, 2001, p. 35

delas em uma transação que resultou ganho para o violador e perda para a vítima”⁶⁰.

A legitimação da maioria das propostas de ação afirmativa no Brasil fundamenta-se nas justificativas remediativa e distributiva. A concessão de vantagens para alunos de escola pública e alunos de minorias raciais, vítimas de uma desigualdade atual e injustificável, qual seja, o não provimento de uma educação básica satisfatória por parte do Estado, e a discriminação histórica racial que levou a uma desigualdade estrutural têm o duplo objetivo de distribuir, no presente, oportunidades e benefícios entre os candidatos em posições desiguais, bem como de remediar as discriminações sofridas por esses grupos, que os trouxeram a tais situações de desvantagem. Pode-se afirmar, assim, que se busca, por meio da ação afirmativa, a efetivação do princípio constitucional da igualdade material. A ação afirmativa, portanto, não constitui uma política atentatória ao princípio da isonomia, mas implementadora dele, consistindo em um instrumento cuja finalidade é a própria realização da igualdade.

O objetivo de promoção da diversidade, por sua vez, teria o propósito de criar a realidade da tolerância e da comunicação coesiva nas instituições e na sociedade de um modo geral, pois as comunidades diversas que a compõem interagiriam entre si, num processo mútuo de enriquecimento de experiências de vida⁶¹. Assim, a ação afirmativa seria capaz de promover a diversidade e, conseqüentemente, a tolerância na sociedade porque faz com que homens e mulheres, geralmente identificados como membros de grupos estigmatizados, integrem-se em determinadas esferas da sociedade e tenham a chance ou mesmo sejam forçados a lidar uns com os outros como indivíduos, ao invés de estereótipos, num processo que combate o preconceito e a discriminação⁶².

⁶⁰ COLEMAN apud GOMES, 2001, p. 62.

⁶¹ O segundo propósito do objetivo de promover a diversidade é o de fortalecer organizações e instituições em suas principais missões. Contudo, não convém a discussão dessa vertente no presente estudo, cujo objeto se atém à isonomia.

⁶² CAPLAN, 1997, p. 59. No mesmo sentido, Donn Davis, professor da Howard University (Washington, DC, EUA), acredita que a diversidade é um dos maiores valores para a educação e que a exposição a diferentes pessoas é o que há de mais significativo para promover a tolerância, afirmando que “um dos piores e mais odiosos problemas que temos são as divisões que permanecem em nossa sociedade

No tocante ao critério racial, a adequação de tais medidas de inserção é questionada pelo argumento de uma possível cisão racial em um país considerado racialmente democrático, promovendo as desigualdades ao invés de dirimi-las e estigmatizando os membros dos grupos beneficiados⁶³.

No entanto, Amy Gutmann afirma que há duas razões para se esperar que os estereótipos negativos diminuam com os programas de ação afirmativa: o fato de que as universidades estarão educando gerações futuras de profissionais qualificados mais diversas do que as passadas e a presente e a criação de ambientes de aprendizado mais socialmente diversos, nos quais os estudantes com diferentes experiências aprendem uns com os outros e aprendem a se respeitar mutuamente⁶⁴. A utilização da ação afirmativa nos Estados Unidos por mais de 30 anos mostrou que os efeitos da integração são positivos, apesar da existência de conflitos pontuais⁶⁵. Os diversos depoimentos

e impedem-nos de conhecermos uns aos outros” (informação obtida por meio de entrevista concedida em Washington, DC, EUA, em dezembro de 2006).

⁶³ Nesse sentido, Isabel Lustosa: “temo que as cotas raciais possam, em última instância, propiciar uma outra discriminação: contra todos os brasileiros pobres que não se incluem nas categorias definidas como racialmente adequadas, discriminação ainda mais perigosa se esses de fato forem uma minoria” (LUSTOSA, 2007, p. 143).

⁶⁴ GUTMANN, 1998, p. 344-345.

⁶⁵ Harold McDougall, professor da Howard Law School, em Washington, DC, nos Estados Unidos, afirma que “[...] as políticas de ação afirmativa tiveram um impacto muito positivo na integração e dessegregação da sociedade americana em termos raciais. Não é o único fator – o aumento da dessegregação em moradia, por exemplo, conduziu a alguma integração em escolas públicas sem as políticas de ação afirmativa. Mas através da integração e dessegregação de Universidades, Faculdades e dos ambientes de trabalho, o impacto tem sido muito importante” (informação obtida por meio de entrevista concedida em Washington, DC, EUA, em dezembro de 2006).

Uma pesquisa realizada por Bowen e Bok demonstra que o número de estudantes negros e hispânicos na pós-graduação e nas escolas profissionalizantes (Law School, Medical School, Dentistry School) aumentou consideravelmente com a ação afirmativa, e a proporção de bacharéis negros que atingem esse nível acadêmico tornou-se similar à mesma proporção em relação aos bacharéis brancos. Tal progressão acadêmica de indivíduos provenientes de minorias é muito importante para sua qualificação e para o seu futuro profissional, o que não só dá condições para a superação de uma desigualdade e discriminação estrutural, por meio da alteração da posição social de indivíduos desses grupos, como oferece aos jovens pertencentes a estes grupos modelos a serem seguidos (*role models*) e a

prestados à mídia por alunos beneficiários das cotas em universidades brasileiras também apontam para a ausência de preconceito e discriminação por parte de colegas e professores.

A adequação de tais medidas pode ser constatada também pela ampla exportação da experiência estadunidense para diversos outros países, que, em geral, também têm mostrado resultados satisfatórios. Pode-se citar, entre eles, a China, o Canadá⁶⁶, a Malásia⁶⁷, o Japão, a Índia, o Reino Unido e os países da União Europeia⁶⁸.

Outro argumento que contesta a adequação de tais medidas é o despreparo dos alunos ingressantes pela ação afirmativa, que não teriam condições de acompanhar o curso, o que os faria abandoná-lo ou ainda os estigmatizaria. No entanto, pela análise da incipiente experiência brasileira, pode-se dizer que as medidas adotadas parecem aptas a dirimir as desigualdades educacionais a longo prazo, já que amplia as oportunidades de desenvolvimento acadêmico e profissional dos beneficiários⁶⁹. Houve

crença de que tais desigualdades podem ser superadas (BOWEN; BOK, 1998, p. 116).

⁶⁶ A ação afirmativa é prevista legalmente no Canadian Human Rights Act, de 1978 (RUF, 2004a, p. 145).

⁶⁷ A ação afirmativa neste país foi implementada em 1971, com foco na população indígena da Malásia (os malaios), sendo estabelecido um prazo de vinte anos para a consecução dos resultados pretendidos, mas foi depois de aproximadamente trinta anos, em 2003, que a prática foi abolida em todas as universidades públicas. Os programas foram considerados bem-sucedidos, e, atualmente, 70% dos estudantes universitários são malaios, enquanto, no início da década de 70, essa proporção era de 30% (RUF, 2004b, p. 583-584).

⁶⁸ Iniciou a promoção da ação afirmativa – denominada “positive action” ou “positive discrimination” – no fim da década de 90, com foco principalmente no desenvolvimento econômico das mulheres, sendo tal direcionamento expandido, por volta de 1998, para os grupos minoritários e imigrantes. A Corte Europeia de Justiça, no caso *Marshall vs. Land Nordrhein-Westfalen* (1997), delineou a permissibilidade da ação afirmativa nos mesmos moldes do caso *Bakke*, nos Estados Unidos, estabelecendo a condição de que a consideração do fator gênero na contratação não implicasse cotas ou preferências inflexíveis. Na área educacional, entretanto, algumas universidades adotam reserva de vagas para minorias e mulheres, apesar de os programas serem geralmente mais focados em incentivos, como aulas especiais ou acompanhamento suplementar (LANSFORD, 2004, p. 361-367).

⁶⁹ Importante observar que é essencial que os programas de ação afirmativa não se restrinjam à promoção do ingresso, mas também estabeleçam medidas eficazes para que os beneficiários permaneçam na instituição, como as medidas adotadas pelo INCLUSP.

também aumento na participação dos grupos beneficiários no corpo discente e verificou-se que o seu desempenho e dos alunos que ingressaram sem o benefício não diferiu, sendo até mesmo, em alguns casos, superior ao desempenho médio⁷⁰ (a título de exemplo, ver Anexos N, O, P, Q).

4.2 - *Necessidade*

A necessidade ou exigibilidade consiste no “imperativo de que os meios utilizados sejam os menos onerosos para o cidadão”⁷¹, ou seja, não deve existir uma medida também adequada que atinja a finalidade pretendida na mesma intensidade, mas que restrinja em menor grau o direito atingido.

Já se observou que a simples constitucionalização do princípio da igualdade e posterior criminalização das práticas discriminatórias são insuficientes para promover uma igualdade de fato. Principalmente no âmbito educacional, é comum a afirmação de que as desigualdades só podem ser sanadas por meio de políticas universalistas de melhoria da qualidade do ensino público. Nesse sentido, costuma-se chamar as propostas de ação afirmativa de demagógicas e simplistas: “a verdade amplamente reconhecida é que o principal caminho para o combate à exclusão social é a construção de serviços públicos universais de

⁷⁰ Resultados de uma pesquisa feita com professores da UnB, UERJ, UFAL e UNEB, pioneiras na política de cotas, trazem dados sobre a avaliação de desempenho dos alunos cotistas, que foram os seguintes: 16,7% tiveram um desempenho muito bom, 57% bom, 18,7% regular e apenas 6,4% ruim e 1,2% péssimo. Na UNICAMP, após implementação da política de pontos, houve até melhora no corpo discente, conforme avalia o coordenador-executivo da comissão que organiza o vestibular (COMVEST): a nota média dos alunos bonificados no disputado curso de Medicina foi 7,5, enquanto a dos demais foi 7,2. A maior diferença entre a nota média dos alunos bonificados e a os demais foi de 17% no curso de Física: aqueles obtiveram 5,4, enquanto estes, 4,6. A avaliação da política de cotas implantada pela UFBA revela uma diferença pequena entre o desempenho dos cotistas e dos não-cotistas: a média geral dos cotistas foi de 5,5 e a dos não-cotistas, 6,1. A menor diferença foi encontrada no curso de Secretariado Executivo: 4,8 e 4,9, respectivamente. Já a maior diferença foi encontrada no curso de Arquitetura e Urbanismo: 4,9 e 6,1, respectivamente (CAFARDO, 2006a, p. A16; TAKAHASHI, 2005d, p. 1; UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA, [s.d]).

⁷¹ BARROSO, 1998, p. 71-72.

qualidade nos setores de educação, saúde e previdência, em especial a criação de empregos”⁷².

No entanto, as políticas universalistas de melhoria da educação pública não são devidamente desenvolvidas. O Brasil obteve a 71ª colocação no *ranking* sobre a qualidade de educação, que envolveu 121 países⁷³. Além disso, segundo porcentagem divulgada pelas estatísticas oficiais do governo nos últimos anos, o Brasil investe menos do que 4% do PIB em educação, enquanto pelo menos 6% do PIB deveria ser investido durante 20 anos para a solução dos problemas na área educacional, segundo o ministro da Educação Fernando Haddad⁷⁴.

Não se pode, portanto, deixar que as desigualdades educacional, profissional e de oportunidades entre ricos e pobres e entre brancos e negros assolem a sociedade brasileira por mais inúmeras gerações até que a qualidade da rede pública de ensino atinja o mesmo nível da rede particular. São necessárias medidas emergenciais e temporárias, políticas afirmativas que reduzam em curto prazo as desigualdades entre grupos historicamente discriminados, desiguais em condições e oportunidades.

Por fim, alega-se que a utilização de critérios apenas sociais na implementação de tais políticas seria suficiente para a realização dos fins pretendidos, uma vez que, como já demonstrado, as minorias raciais integram os setores menos favorecidos economicamente da sociedade. Dessa forma, estabelecido um critério social, tais minorias seriam indiretamente beneficiadas com a mesma intensidade e a vantagem de não ser prejudicado o princípio da igualdade, em virtude da suposta cisão racial promovida pela utilização do critério racial.

No entanto, tais políticas não atendem aos fins pretendidos na mesma intensidade, tendo em vista que preenchem apenas o objetivo de aproximar as desigualdades em virtude de fatores econômicos, ficando prejudicados os seus legítimos objetivos de promover a diversidade e erradicar a longo prazo a discriminação racial estrutural. Ainda na consecução do seu fim distributivo, de promoção da igualdade material e de oportunidades, tal alternativa não é apta

⁷² DAHER FILHO, 2006, p. A3.

⁷³ Relatório Global Educação para Todos, 2006, UNESCO (PARAGUASSÚ, 2005, p. A16).

⁷⁴ ALENCAR, 2005, p. 8.

a aproximar as desigualdades de oportunidades existentes entre os indivíduos brancos e negros de uma mesma classe social. Portanto, ainda que estabelecido o critério social para a persecução do objetivo de amenizar as desigualdades de oportunidades por razões econômicas e de falta de acesso a uma educação de qualidade, a utilização do critério racial também continua sendo necessária para que sejam atingidos seus demais fins.

4.3 - *Proporcionalidade em sentido estrito*

A análise da proporcionalidade em sentido estrito consiste numa “verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos”⁷⁵, ou seja, há um “sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”⁷⁶. Os princípios cuja violação é constantemente alegada são o da igualdade, da autonomia universitária e o do mérito. Cabe aqui analisar apenas este último, já que os outros dois não sofrem violação⁷⁷.

O inciso V do art. 208 da Constituição Federal estabelece o critério do mérito para o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da

⁷⁵ BARROSO, 1998, p. 72.

⁷⁶ SILVA, 2002, p. 40.

⁷⁷ Para Nina Ranieri, “[...] a autonomia universitária é condição inerente à existência da universidade enquanto instituição social voltada ao ensino, à pesquisa e a extensão de serviços à comunidade. [...] não é um fim em si mesma, mas sim instrumento assecuratório dos fins da universidade” (RANIERI, 1994, p. 61). Os principais objetivos das universidades são: realizar o desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação profissional, por meio das atividades de ensino, pesquisa e extensão, estabelecidos no art. 205 da Constituição Federal. Além dos objetivos previstos neste artigo, o princípio da autonomia universitária deve ser interpretado em unidade e consonância com os outros diversos princípios que regem a Constituição brasileira. Assim, é legítimo ao Estado estabelecer que as universidades instituem programas de ação afirmativa a fim de que se cumpram os seus fins, assim como sejam implementados os princípios da igualdade material e da diminuição das desigualdades sociais, a erradicação do racismo e o direito à educação.

pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um. Em nenhum dispositivo constitucional ou infraconstitucional são estabelecidos os fatores determinantes da capacidade individual ou do mérito. Assim, a análise e a interpretação de determinado dispositivo deve ocorrer com outras regras e princípios presentes na Constituição Federal, como, por exemplo, o art. 206, I, que estabelece que a igualdade de condições deve ser observada no acesso e na permanência na escola. Portanto, o critério da capacidade é determinado partindo-se do pressuposto de que essa igualdade nos ensinos fundamental e médio tenha sido observada, o que, contudo, não ocorre. Assim, “políticas afirmativas visam corrigir, e não eliminar, mecanismos de seleção por mérito, e garantir o respeito à liberdade e à vontade individuais”⁷⁸. No entanto, a cultura brasileira é muito forte no sentido de mensurar-se o critério da capacidade individual pela pontuação obtida em provas aplicadas padronizadamente, sendo muitas vezes afirmado que a previsão constitucional desta regra torna ilegítima a implementação de políticas de ação afirmativa sem que haja uma reforma do dispositivo.

Segundo a teoria da separação qualitativa entre regras e princípios, representada principalmente por Robert Alexy, a norma contida neste dispositivo teria a qualidade de regra⁷⁹. Ainda que a ponderação de normas só ocorra entre princípios, é possível efetuar uma certa análise de colisão entre princípios e regras. Tal hipótese não é uma colisão propriamente dita entre um princípio e uma regra, mas entre um princípio e outro princípio que embase e apoie uma regra⁸⁰.

É possível observar que a intensidade da realização é maior do que a da restrição, até mesmo pela quantidade de princípios que se

⁷⁸ GUIMARÃES, 1999, p. 175.

⁷⁹ Estabelecendo o critério pelo qual se deve promover o acesso ao ensino superior, expressa um direito e um dever definitivos, não havendo possibilidade de, por meio de um sopesamento, ser realizada em maior ou menor grau, mas somente em sua inteireza.

⁸⁰ Nesse sentido, uma das soluções possíveis para tal conflito é a exclusão ou restrição da regra R pelo princípio P, quando, sob determinadas circunstâncias, a realização de P for mais importante que a do princípio Pr, que apoia materialmente R, conjuntamente com o princípio P', que exige o cumprimento das regras, assim, apoiando formalmente R (ALEXY, 1993, p. 86).

visa efetivar: a igualdade material e o princípio da justiça comutativa ou corretiva, a erradicação das desigualdades e a promoção do bem de todos sem preconceitos de qualquer espécie, além dos objetivos da educação, quais sejam, visar ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Por outro lado, verificou-se que os princípios realmente atingidos são o de justiça meritocrática e o da valorização da excelência acadêmica nas universidades, princípios esses que fundamentam a regra do mérito prevista na Constituição Federal. Assim, o sopesamento dos princípios colidentes no caso concreto atual de injustificáveis desigualdades sociais e raciais no acesso ao ensino superior leva à conclusão de que não é necessário que se proceda a uma emenda ao art. 208, V, da Constituição Federal para que a ação afirmativa, no que tange a tal acesso, não seja eivada de inconstitucionalidade.

Além disso, verifica-se também que a restrição ocorrida é muito pequena. Não se trata da eliminação do critério do mérito ou da realização de provas objetivas de conhecimento para o ingresso nas universidades. O princípio da justiça meritocrática continua sendo observado, o que se realiza é apenas a concessão de uma vantagem a certos indivíduos na competição. Tais indivíduos não estão, contudo, isentos da avaliação meritocrática, já que o processo seletivo é o mesmo e, geralmente, os programas de ação afirmativa exigem que se verifique um desempenho mínimo no vestibular para que seja o candidato beneficiado classificado. O critério do mérito não é eliminado, apenas restringido em uma medida a fim de que seja combinado com outros critérios que visam à correção temporária deste sistema, que não oferece a todos as mesmas oportunidades para a competição.

No tocante ao grau de restrição do mérito, cabe uma breve análise a respeito da forma de ação afirmativa a ser adotada. O sistema de seleção atualmente aplicado no Brasil inviabiliza uma avaliação indi-

vidual dos candidatos nos moldes do sistema estadunidense de ação afirmativa, legitimado pela Suprema Corte⁸¹. Sendo a aplicação de provas padronizadas, o vestibular, a prática institucionalizada para o recrutamento de candidatos para uma vaga na universidade, torna-se necessário o estabelecimento de concessão de vantagens automáticas e inflexíveis, considerando-se que o próprio sistema de avaliação é automático, inflexível e não dá margens a ponderações subjetivas. Visando-se à máxima observância do critério meritocrático, entretanto, faz-se necessária a colocação de patamares mínimos de desempenho em tais provas para que o candidato seja selecionado, evitando-se, assim, discrepâncias exorbitantes no nível de conhecimento dos alunos ingressantes, observadas em alguns casos reportados pela mídia e trazidos como argumento na petição inicial da ADI n. 3197⁸².

No entanto, cumpre observar que, na análise do caso brasileiro, parece que a política de pontos⁸³ obedece mais à sub-regra da propor-

⁸¹ A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Regents of the University of California vs. Bakke* [438 U.S. 265 (1978)], posteriormente confirmada pela decisão nos casos de Michigan em 2003 [*Grutter vs. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003)], e *Gratz vs. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003)], foi no sentido de ser o critério racial constitucionalmente permitido nos processos seletivos das universidades, desde que esse não fosse o único critério seletivo e desde que não fossem utilizadas quotas, metas ou preferências inflexíveis. Nos Estados Unidos, as universidades são instituições privadas, ainda que algumas recebam recursos financeiros do Estado, e têm a liberdade de considerar diversos fatores subjetivos em seu processo de admissão, fatores esses variáveis de acordo com a universidade e com seus objetivos acadêmicos. Assim, além de uma prova de conhecimento (SAT), os critérios de admissão levam em conta outros aspectos, como: pais terem feito doações financeiras para a universidade, candidatos serem filhos de ex-alunos, terem talento para esportes, e aspectos como sexo e até mesmo origem étnica.

⁸² Como exemplo, um candidato que obteve a média de 49,25 pontos, não atingindo o mínimo de 50, entrou na Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) pelo sistema de cotas instituído pelas leis estaduais fluminenses, revogadas pela Lei Estadual n. 4.151/2003, enquanto um candidato não-beneficiado pelo sistema de cotas obteve a média de 85,5 pontos e não entrou na UERJ, já que era branco e oriundo de escolas particulares. Também se pode citar que, no curso de engenharia mecânica, o maior resultado obtido pelos candidatos não agraciados pela cotas foi de 95,75 pontos e de 44,25 pontos para os beneficiados pelo sistema, diferença muito grande.

⁸³ A concessão automática de pontos foi igualada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, nos casos da Universidade de Michigan – *Grutter vs. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), e *Gratz vs. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003) –, à política de cotas

cionalidade em sentido estrito do que à política de cotas. Isso porque as políticas de cotas dividem o processo de seleção, destinando-se um número x de vagas àqueles sem pretensão ao benefício e outro número y de vagas àqueles que se autodeclarem sujeitos à concessão da vantagem. Segundo Fernando Dias Menezes, criar-se-ia uma “fila dupla de entrada nas universidades, de forma que a competição pelas vagas correspondentes às cotas é distinta da competição pelas demais vagas”⁸⁴. Num programa de pontuação, como o implantado com sucesso pela UNICAMP, “a porta de acesso” à universidade é a mesma, os candidatos concorrem às mesmas vagas e são avaliados conjuntamente, sem pré-divisões em grupos pré-estabelecidos, contando, porém, com um benefício extra⁸⁵. Assim, não será destinada uma porcentagem rígida a certos candidatos independentemente de seu mérito, mas este será analisado conjuntamente com outro critério estabelecido e só será o candidato aprovado se atingir determinada nota, após a contagem dos pontos adicionais. Argumenta-se, assim, que a política de pontos consiste em um “empurrão” àqueles alunos dotados de capacidade, porém prejudicados pela má-formação educacional e pela discriminação racial sofrida.

Nessa contraposição entre as espécies de ação afirmativa, quais sejam, políticas de cotas e de pontos, esta última parece inclusive obedecer melhor ao princípio da necessidade, uma vez que restringe em menor grau não apenas o critério do mérito, mas também o princípio da igualdade em seu aspecto formal, já que os candidatos são todos considerados conjuntamente. No entanto, deve-se assegurar que a formulação de tal política de pontos seja igualmente adequada às finalidades da ação afirmativa, sendo definida de tal maneira

inflexíveis.

⁸⁴ ALMEIDA, Fernando, 2004, p. 70-73.

⁸⁵ No caso *DeFunis vs. Odegaard*, apesar de não ter havido o julgamento de mérito pela Suprema Corte dos Estados Unidos, o ministro Douglas foi o único que se manifestou sobre a matéria de fundo e sua opinião influenciou muitas universidades a mudarem os métodos utilizados para a admissão de minorias raciais, passando a utilizar uma política mais sofisticada, que considerasse todos os candidatos juntos, mas, por exemplo, desse notas de maneira diferenciada aos *aptitude tests* ou desse menor peso a *predicted average* das minorias (DWORKIN, 2001, p. 223-225).

que a inclusão de tais grupos beneficiários não seja simbólica, mas efetiva e em uma proporção numérica aproximada àquela que seria estabelecida pelas cotas fixas.

5 - Conclusão

O princípio constitucional da igualdade não se limita à sua perspectiva formal, qual seja, a igualdade de todos perante a lei. O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal deve ser interpretado com outros dispositivos que, em conjunto, estabelecem o princípio da igualdade também em sua perspectiva material.

A ação afirmativa, definida como “medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo como alcance da igualdade substantiva por parte dos grupos socialmente vulneráveis”⁸⁶, consiste em políticas, meios que objetivam a consecução de diversos objetivos, entre eles a promoção da igualdade material e a erradicação das discriminações. Apesar de a própria política consistir em desequiparações de tratamento, uma vez que concede vantagens aos grupos dela beneficiários e considerados vulneráveis, não se pode dizer que ela implica uma mitigação da isonomia, mas é com ela compatível. Tais desequiparações são consideradas permitidas e caracterizam a chamada “discriminação positiva”, que deve observar o elemento tomado como fator de desigualação, a correlação lógico-abstrata entre o fator e a desigualdade e a consonância da correlação com os interesses constitucionais, ou seja, a correlação lógico-concreta, em função dos valores prestigiados no sistema constitucional.

Outro requisito de compatibilidade da medida diferenciadora com a isonomia é a obediência à regra da proporcionalidade, cuja aplicação deve ocorrer quando existir um conflito entre princípios constitucionais. Tanto a discussão doutrinária brasileira quanto aquela travada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, por meio das ADINs n. 3197 e 3330, levantam a suposta violação de outros dispositivos constitu-

⁸⁶ PIOVESAN, 2005, p. 49.

cionais. Assim, a regra da proporcionalidade consiste na aplicação de três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, os possíveis objetivos da ação afirmativa foram apresentados, verificando-se a adequação de tais medidas para realizá-los, com base em dados de experiências estrangeiras e brasileiras. A seguir, observou-se a necessidade da adoção de tais medidas, tendo em vista que outras alternativas, como a simples previsão da igualdade formal, a criminalização das práticas discriminatórias e a previsão de políticas universalistas, não são igualmente aptas para a realização daqueles objetivos. Por meio do sopesamento dos princípios em conflito, por fim, verificou-se a predominância do princípio da igualdade material no caso concreto, observada assim a proporcionalidade em sentido estrito. Em face da regra do mérito e do princípio da igualdade formal, no entanto, observou-se que a modalidade de ação afirmativa baseada na concessão de pontos melhor se coaduna com esta última sub-regra do que a política de cotas.

Conclui-se, portanto, que a ação afirmativa baseada nos critérios racial e social é uma medida adequada, necessária e proporcional para a realização de seus objetivos – que se afiguram lícitos e correlacionados aos valores prestigiados na Constituição Federal – e que os elementos que tomam como critério diferenciador guardam também correlação lógica com as desigualdades que se pretende eliminar, sendo caracterizada, assim, como discriminação positiva.

Referências

ALENCAR, Kennedy. País investe em educação menos do que diz. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14 out. 2005. Caderno Cotidiano, p. 8.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Painel “Discriminação e ações afirmativas”. In: ENCONTRO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Direitos Humanos Fundamentais, 13, 2004, São Paulo. *Anais...* São Paulo: Associação Brasileira dos Constitucionalistas – Instituto Pimenta Bueno, ESDC, 2004. p. 39-49.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Painel “Discriminação e ações afirmativas”. In: ENCONTRO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Direitos Humanos Fundamentais, 13, 2004, São Paulo. *Anais...* São Paulo: Associação Brasileira dos Constitucionalistas – Instituto Pimenta Bueno, ESDC, 2004. p. 68-74.

ANDERSON, James D. *The education of blacks in the South, 1860-1935*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1988.

ARAÚJO, Aloísio P. de; CUNHA, Flávio. Como melhorar a qualidade da educação? *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 31 jan. 2006. Caderno Espaço Aberto, p. A2.

ARNAUD, André-Jean Arnaud; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Org.). *Dicionário da globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ARRUDA, Roldão. Tendência é gerar profunda divisão política. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 1º jul. 2006. Caderno Nacional, p. A12.

_____. Questão racial deve ser somada à social. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 9 jul. 2006. Caderno Nacional, p. A13.

BARROS, Andréa. Visita de africanos volta a esquentar debate sobre cotas. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 11 jul. 2006. Caderno Nacional, p. A8.

ASCHER, Nelson. Racismo e anti-racismo. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 13 mar. 2006. Ilustrada, p. 8.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*,

Salvador, Centro de Atualização Jurídica – CAJ, v. 1, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 ago. 2007.

BARROS, Andréa. A divisão já existe há muito tempo. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 9 jul. 2006. Caderno Aliás, p. 5.

_____. Pode-se criar uma cisão racial. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 9 jul. 2006. Caderno Aliás, p. 4.

BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 23, p. 65-78, abr./jun. 1998.

BELCHIOR, Douglas Elias. Direito de branco, direito de negro, direitos humanos. *Cartilha Intensivão de Cidadania da Educafro*. Região Bragantina e Campinas: Coordenação Nacional da Educafro, abril 2008.

BECKMAN, Maria D. Racism. In: BECKMAN, James (Ed.). *Affirmative action: an encyclopedia*. Westport, Conn.: Greenwood Press, 2004. v. 1: A-I.

BERGMAN, Barbara. *In defense of affirmative action*. New York: Basic Books, 1996.

BIANCHINI, Alice. A igualdade formal e material. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 5, n. 17, p. 202-222, out./dez. 1996.

BOAVENTURA, Edivaldo M. A constitucionalização da autonomia universitária. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, n. 4, p. 11-22, jul./set. 1993.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOVERO, Michelangelo. *Contra o governo dos piores*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BOWEN, William G.; BOK, Derek. *The shape of the river: long-term consequences of considering race in College and University admissions*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1998.

BRASIL. Ministério da Educação. *Programa Universidade para Todos (PROUNI)*. Disponível em: <<http://www.mec.gov.br/prouni>>. Acesso em: 29 jul. 2008.

BUARQUE, Cristovam. Igualdade de oportunidades. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 13 jun. 2006. Tendências/Debates, Caderno Opinião, p. A3.

CAFARDO, Renata. Unicamp: mais alunos da rede pública. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 21 fev. 2005. Caderno Vida &, p. A10.

_____. Professores aprovam sistema de cotas. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 31 maio 2006a. Caderno Vida &, p. A16.

_____. USP quer melhorar graduação com recursos de empresas. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 30 jan. 2006b. Caderno Vida &, p. A15.

CAPLAN, Lincoln. *Up against the law: affirmative action and the Supreme Court*. New York: The Twentieth Century Fund Press, 1997.

CAPRIGLIONE, Laura. Docentes da USP criticam novo vestibular. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 27 jun. 2006. Caderno Cotidiano, p. 8.

CARIELLO, Rafael. Intelectuais fazem manifesto pró-cotas. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 4 jul. 2006. Caderno Cotidiano, p. 4.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. *O racismo na história do Brasil: mito e realidade*. São Paulo: Ática, 1994.

CARNEIRO, Sueli. A batalha de Durban. *Revista Estudos Feministas*, ano 1, p. 209-214, 2002.

_____. A guerra das estatísticas. *Correio Braziliense*, 2 abr. 2005. Caderno Opinião. Disponível em: <<http://www.acaoeducativa.org.br:8080/observatorio/internet/pdf/sueli.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2005.

CHAVEZ, Lydia. *The color bind: California's battle to end affirmative action*. Berkeley: University of California Press, 1998.

COLLUCCI, Cláudia; TÓFOLI, Daniela. Votação do estatuto racial fica para 2007. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 7 jul. 2006. Caderno Cotidiano, p. 6.

COMPARATO, Fábio Konder. Igualdade, desigualdades. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 69-78, 1993.

DAHER FILHO, Adel et al. Todos têm direitos iguais na República. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 29 jun. 2006. Tendências/Debates, Caderno Opinião, p. A3.

DISCRIMINAÇÃO oficial. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 5 jul. 2006. Editoriais. Caderno Opinião, p. A2.

DOWBOR, Ladislau. *Aspectos econômicos da educação*. São Paulo: Ática, 1991.

DURHAM, Eunice Ribeiro. *A autonomia universitária: o princípio constitucional e suas implicações*. São Paulo: Nupes, 1989.

_____. Desigualdade educacional e cotas para negros nas universidades. *Novos Estudos Cebrap*, n. 66, p. 3-22, jul. 2003.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Harvard University Press, 1985.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

EDLEY JÚNIOR, Christopher. *Not all black and white: affirmative action and American values*. USA: Noonday, 1998.

EASTLAND, Terry. *Ending affirmative action: the case for colorblind justice*. New York: Basic Books, 1997.

FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*. 3. ed. São Paulo: Ática, 1978. 2 v.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. A autonomia universitária na Constituição de 05.10.1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, p.117-142, jan./mar. 1999.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FISS, Owen. Affirmative action as a strategy of justice. 17 *Philosophy & Public Policy* 37, 1997.

FONSECA, Marcus Vinícius. *A educação dos negros: uma nova fase do processo de abolição da escravidão no Brasil*. São Paulo: Universidade São Francisco, 2002.

GARCIA, Maria. A nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 23, p. 59-64, abr./jun. 1998.

_____. Autonomia universitária e os centro universitário: inconstitucionalidades da nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, n. 29, p. 36-43, out./dez. 1999.

GLAZER, Nathan. *Affirmative discrimination: ethnic inequality and public policy*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1987.

GOLDEMBERG, José; DURHAM, Eunice R. Cotas nas universidades públicas. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 22 mar. 2006. Caderno Espaço Aberto, p. A2.

GOLDMAN, Alan. *Justice and reverse discrimination*. Princeton University Press, 1979.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRISWOLD, Erwin N. *O direito e os advogados nos Estados Unidos: a common law posta à prova*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Racismo e anti-racismo no Brasil*. São Paulo: Editora 34, 1999.

GUTMANN, Amy. How affirmative action can (and cannot) work well. In: POST, Robert; ROGIN, Michael (Org.). *Race and representation: affirmative action*. New York: Zone Books, 1998.

HARNIK, Simone; TAKAHASHI, Fábio. Rede pública pode ter bônus na USP. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 19 maio 2006. Caderno Cotidiano, p. 12.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Síntese de Indicadores Sociais 2005. Rio de Janeiro: IBGE, 2006. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicsois2005/default.shtm>>. Acesso em: 24 abr. 2006.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA (INEP). Informativo, ano 4, n. 142, 4 jul. 2006. Disponível em: <<http://www.inep.gov.br/informativo/informativo142.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2006.

KAMEL, Ali. *Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

LANSFORD, Tom. European Union and affirmative action. In: BECKMAN, James (Ed.). *Affirmative action: an encyclopedia*. Westport, Conn.: Greenwood Press, 2004. v. 1: A-I.

LEITE, Paulo Moreira. Lula usa questão racial como trunfo. O *Estado de S. Paulo*, São Paulo, 12 fev. 2006. Caderno Nacional, p. A8.

LUSTOSA, Isabel. Excesso de cor. In: Fry, Peter et al. (Org.). *Divisões perigosas: políticas raciais no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 79-83, 1993.

_____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELO, Mônica de. O princípio da igualdade à luz das ações afirmativas: o enfoque da discriminação positiva. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 6, n. 25, p. 79-101, out./dez. 1998.

MELO, Sandro Nahmias. *O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: ação afirmativa: o princípio constitucional da igualdade*. São Paulo: LTr, 2004.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano 1, v. 1, n. 5, p. 18-19, ago. 2001.

MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários dos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MOURA, Clóvis. *Sociologia do negro brasileiro*. São Paulo: Ática, 1988.

NASCIMENTO, Abdias. Ação afirmativa: o debate como vitória. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 7 jul. 2006. Tendências/Debates. Caderno Opinião, p. A3.

OFFE, Claus. *Capitalismo desorganizado: transformações contemporâneas do trabalho e da política*. Tatuapé: Brasiliense, 1995.

OLTRAMARI, Alexandre. Convite ao ódio racial. *Revista Veja*, São Paulo, 12 jul. 2006, p. 64-65.

PAIVA, Ângela Randolpho (Org.). *Ação afirmativa na universidade: reflexão sobre experiências concretas Brasil-Estados Unidos*. Rio de Janeiro: PUC-Rio: Desiderata, 2004.

PARAGUASSÚ, Lisandra. Brasil é 71º em qualidade da educação. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 10 nov. 2005. Caderno Vida &t, p. A16.

_____. Política de cotas terá critério social e não racial, como previa o estatuto. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 8 jul. 2006. Caderno Nacional, p. A4.

_____. PROUNI oferece 47 mil novas bolsas. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 23 maio 2006. Caderno Vida &t, p. A14.

PEDROSA, Renato H. L. Inclusão social, cotas e autonomia universitária. *Folha Online*, 25 maio 2004. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u15545.shtml>>. Acesso em: 23 maio 2006.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa – Fundação Carlos Chagas*, São Paulo, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005.

_____. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. Implementação do direito à igualdade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 7, n. 28, p. 82-88, jul./set. 1999.

PITTA, Iuri. SP gasta abaixo da lei em educação. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 13 ago. 2005.

QUEIROZ, Delcele Mascarenhas (Coord.). *O negro na universidade*. Salvador: Novos Toques, 2002.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Autonomia universitária: as universidades públicas e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Edusp, 1994.

_____. Direito ao desenvolvimento e direito à educação – relações de realização e tutela. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, n. 6, p.124-134, jan./mar. 1994.

_____. A universidade e o estado. Algumas considerações acerca do papel do Estado na atividade educacional de nível superior. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 24, p. 63-71, jul./set. 1998.

RIBEIRO, Matilde. Educação contra as desigualdades raciais. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 10 maio 2006. Tendências/Debates, Caderno Opinião, p. A3.

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

ROMÃO, Jeruse. *Educação democrática como política de reversão da educação racista*. Salvador: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2000.

ROSENFELD, Michel. *Affirmative action and justice: a philosophical and constitutional inquiry*. New Heaven: Yale University Press, 1991.

RUF, Paulina X. Canada and affirmative action. In: BECKMAN, James (Ed.). *Affirmative action: an encyclopedia*. Westport, Conn.: Greenwood Press, 2004a. v. 1: A-I.

_____. Malaysia and affirmative Action. In: BECKMAN, James (Ed.). *Affirmative action: an encyclopedia*. Westport, Conn.: Greenwood Press, 2004b. v. 1: A-I.

SANT'ANNA, Emilio. UNIFESP aprova cotas para professores. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 14 jul. 2006, Caderno Vida &, p. A15.

SANT'ANNA, Lourival. As crianças já estão na escola; agora só falta elas aprenderem. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 9 jul. 2006. Caderno Vida &, p. A26-27.

SCHWARTZMAN, Simon. *A autonomia universitária e a Constituição de 1988*. Disponível em: <<http://www.schwartzman.org.br/simon/cont88.htm>>. Acesso em: 23 maio 2006.

_____. *O ensino superior no Brasil – 1998*. Brasília: INEP, 1999.

_____. Das estatísticas de cor ao estatuto da raça. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 21 abr. 2006. Tendências/Debates. Caderno Opinião, p. A3.

SEYFERTH, Giralda et al. In: *Racismo no Brasil*. São Paulo: Fundação Peirópolis, 2002, p. 105-121.

SILVA, Cidinha da (Org.). *Ações afirmativas em educação: experiências brasileiras*. São Paulo: Summus, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23-50, 2002.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 607-630, 2003.

SOARES, Guido Fernando da Silva. *Common law*: introdução ao direito dos EUA. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Painel “Discriminação e ações afirmativas”. In: ENCONTRO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS, 13., 2004, São Paulo. *Anais...* São Paulo: Associação Brasileira dos Constitucionalistas – Instituto Pimenta Bueno, ESDC, 2004. p. 59-68.

SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo*: estudo empírico. Tradução Joubert e Oliveira Brizida. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2004.

SUTHERLAND, Arhur. Os direitos constitucionais das minorias raciais nos Estados Unidos. *Aspectos do Direito Americano*. Tradução Janine Yvone Ramos Peres e Arlette Pastor Centurion. Rio de Janeiro: Forense, 1963. [Título original: Talks on American Law].

TAKAHASHI, Fábio. USP e UNESP buscam aluno da escola pública. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 8 set. 2005a, Caderno Cotidiano, p. 4.

_____. Aluno de escola pública desconhece a USP. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 28 nov. 2005b. Caderno Cotidiano, p. 9.

_____. Piora desempenho da rede pública na Fuvest. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 21 dez. 2005c. Caderno Cotidiano, p. 5.

_____. Aluno da rede pública é melhor na Unicamp. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 22 dez. 2005d. Caderno Cotidiano, p. 1.

_____. Senado obriga universidade a dar vagas a bolsistas. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 3 maio 2006a. Caderno Cotidiano, p. 7.

_____. USP aprova bônus para aluno da rede pública na Fuvest. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 24 maio 2006b. Caderno Cotidiano, p. 9.

_____. Bônus ajuda mais candidatos a medicina. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 25 maio 2006c. Caderno Cotidiano, p. 10.

_____. UNIFESP aprova cotas para professores. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 13 jul. 2006d, Caderno Cotidiano, p. 12.

TAKAHASHI, Fábio; MELO, Ricardo. Me tade dos alunos da USP deve ser de escola pública, diz reitora. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 12 dez. 2005. Entrevista da 2ª, p. A14.

TELLES, Edward. Políticas raciais: pelo debate franco e plural. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 12 jul. 2006. Tendências/Debates. Caderno Opinião, p. A3.

TORQUATO, Gaudêncio. A igualdade que gera desigualdade. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 9 jul. 2006. Caderno Espaço Aberto, p. A2.

TURRA, Cleusa; VENTURI, Gustavo (Org.). *Racismo cordial: a maior e mais completa análise sobre o preconceito de cor no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1998.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (São Paulo-SP). INCLUSP: *Programa de Inclusão Social da USP*. São Paulo, 2006. Disponível em: <http://naeg.prg.usp.br/siteprg/inclusp/inclusp_06-06.doc>. Acesso em: 24 abr. 2006.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS. *Programa de Ação Afirmativa e Inclusão Social (PAAIS)*. São Paulo: Campinas. Disponível em: <<http://www.convst.unicamp.br/paais/paais.html>>. Acesso em: 29 jul. 2008.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. *Serviço de Seleção Orientação e Avaliação (SSOA)*. Bahia, [s.d.]. Disponível em: <www.ufba.br>. Acesso em: 24 abr. 2006.

VENTURI, Gustavo; PAULINO, Mauro Francisco. Pesquisando preconceito racial. In: TURRA, Cleusa; VENTURI, Gustavo (Org.). *Racismo cordial: a maior e mais completa análise sobre o preconceito de cor no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1998.

VILLELA, Milú. Educação, instrumento contra desigualdade. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 15 set. 2005. Tendências/Debates, Caderno Opinião, p. A3.

WATTENBERG, Ben J. *Affirmative action (video recording): the history of an idea*. Princeton, NJ: Distributed by Films for the Humanities, 1996.

WESTIN, Ricardo. Professores negros não chegam a 1%. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 21 jan. 2006. Caderno Vida, p. A21.

_____; PARAGUASSÚ, Lisandra. PSDB e PFL querem que projeto de cotas seja votado pelo plenário. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 10 fev. 2006. Caderno Vida, p. A18.

ZELNICK, Robert. *Swing dance: Justice O'Connor and the Michigan muddle*. Stanford, California: Hoover Institution Press, Stanford University, 2004.



ANEXOS

Anexo A

Estado do Rio de Janeiro

- UERJ (Universidade do Estado do Rio de Janeiro); UENF (Universidade do Norte Fluminense); UEZO (Centro Universitário Estadual da Zona Oeste); FAETEC (Fundação de Apoio à Escola Técnica do Rio de Janeiro): adotam o sistema de reserva de vagas de 20% para afrodescendentes, 20% para estudantes da rede pública de ensino e 5% para pessoas com deficiência, ou nascidas no Brasil pertencentes a povos indígenas, ou filhos de policiais civis e militares, bombeiros, inspetores de segurança e de administração penitenciária mortos em serviço (Lei n. 4.151/2003).

Estado de Minas Gerais

- UEMG (Universidade Estadual de Minas Gerais); UNIMONTES (Universidade Estadual de Montes Claros): adotam reserva de 20% das vagas para afrodescendentes e 20% para egressos de escolas públicas que comprovarem carência, além de 5% para indígenas e portadores de deficiência (Lei Estadual n. 15.259, de 27.7.2004);

- UFJF (Universidade Federal de Juiz de Fora): adota reserva de 50% das vagas para escola pública e, dentro deste percentual, 25% para pretos e pardos (Resolução n. 16, de 4.11.2004);

- UFU (Universidade Federal de Uberlândia): adota, por meio de seu Programa Alternativo de Ingresso ao Ensino Superior (PAIES), a reserva de 50% do total das vagas, nos cursos com entrada semestral, e 25% do total das vagas, nos cursos com entrada anual para alunos egressos de escolas públicas (Edital PAIES/Subprograma n. 2007/2010);

- UFOP (Universidade Federal de Ouro Preto): adota reserva de 30% das vagas disponíveis em cada curso para candidatos aprovados que tenham estudado o ensino médio integralmente em escolas públicas.

Estado de São Paulo

- UNIFESP (Universidade Federal de São Paulo): adota reserva de 10% das vagas para população afrodescendente e indígena oriunda de rede pública (Resolução n. 23/2004 do Conselho Universitário);
- UFABC (Universidade Federal do ABC): adota reserva de 50% de vagas para alunos da rede pública, afrodescendentes e indígenas (Resolução n. 01, de 7.4.2006);
- FACEF (Centro Universitário de Franca): adota reserva de 20% de vagas para negros, 5% para estudantes egressos de escola pública de ensino e 5% para pessoas deficientes, nos termos da legislação em vigor (Lei Municipal n. 6.287, de 10.11.2004);
- UFSCAR (Universidade Federal de São Carlos): adotou reserva de 20% para alunos da rede pública no vestibular de 2008. Em 2011, o percentual subirá para 40% e em 2014 para 50%. Desses percentuais, 35% das vagas serão destinadas a afrodescendentes. Os indígenas serão beneficiados com a reserva de 1 vaga em cada curso.

Estado do Espírito Santo

- UFES (Universidade Federal do Espírito Santo): adota reserva de 40% do total das vagas de cada curso para estudantes oriundos das escolas públicas (Resolução n. 33/2007 – CEPE).

Estado do Amazonas

- UEA (Universidade do Estado do Amazonas): adota reserva de 80% das vagas para alunos das instituições públicas ou privadas do Estado do Amazonas; desse percentual, 60% são para alunos que tenham cursado o ensino médio na rede pública (Lei n. 2.894, de 31.5.2004).

Estado do Pará

- UFPA (Universidade Federal do Pará): adota reserva de 50% das vagas para alunos da rede pública, e 40% daquele percentual é

destinado aos candidatos que se declararem pretos ou pardos (Resolução n. 3.361, de 5.8.2005).

- UFRA (Universidade Federal Rural da Amazônia): adota reserva de vagas proporcional ao número de candidatos oriundos de escolas públicas inscritos no processo seletivo (Edital n. 13/2006).

Estado do Tocantins

- UFT (Universidade Federal do Tocantins): adota reserva de 5% das vagas destinadas à etnia indígena (Resolução n. 3/2004 – CONSEPE).

Distrito Federal

- UnB (Universidade Federal de Brasília): adota sistema de reserva de 20% das vagas para negros (Resolução CEPE n. 38/2003).
- ESCS-DF (Escola Superior de Ciências da Saúde): adota cota de 40% das vagas para os alunos que comprovarem ter cursado integralmente os ensinamentos fundamental e médio em escolas públicas do Distrito Federal (Lei Distrital n. 3.361/2004).

Estado de Goiás

- UEG (Universidade Estadual de Goiás): adota reserva de 20% das vagas para alunos oriundos de escola pública, 20% para negros e 5% para indígenas e portadores de deficiência (Lei n. 14.832, de 12.7.2004).
- FESG (Fundação de Ensino Superior de Goiatuba): adota reserva de 10% das vagas para alunos de escola pública, 10% para negros e 2% para indígenas e portadores de deficiência (Resolução CDN n. 001/2006).
- FIMES (Faculdades Integradas de Mineiros): adota reserva de 5% das vagas às pessoas portadoras de deficiências (Edital n. 003/2008).

Estado do Mato Grosso

- UNEMAT (Universidade do Estado de Mato Grosso): adota sistema de reserva de vagas de 25% para candidatos que se autodeclararem negros (Resolução n. 200/2004 – Conepe, Anexo IV).

Estado do Mato Grosso do Sul

- UEMS (Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul): adota 20% de vagas para negros (Lei n. 2.605) e 10% para índios (Lei n. 2.589).
- UFGD (Universidade Federal da Grande Dourados): adota reserva de 60 vagas para o curso de Licenciatura Indígena – Teko Arandu, para educadores Guarani ou Kaiowá; os candidatos também estão isentos da taxa de inscrição (Edital PROGRAD n. 73/2007, de 31.10.2007).

Estado de Alagoas

- UFAL (Universidade Federal de Alagoas): adota reserva de 20% das vagas para a população negra oriunda da rede pública, percentual que será distribuído da seguinte forma: 60% para mulheres negras e 40% para homens negros (Ofício/NEAB n. 79/2003).

Estado da Bahia

- UEFS (Universidade Estadual de Feira de Santana): adota 50% das vagas para quem cursou o ensino médio e pelo menos dois anos do ensino fundamental em escola pública; dessas, 80% serão ocupadas por candidatos que se autodeclararem negros (Resolução CONSUN n. 34/2006).
- UFBA (Universidade Federal da Bahia); UFRB (Universidade Federal do Recôncavo da Bahia): adotam reserva de 45% das vagas para alunos da rede pública e afrodescendentes (Resolução n. 01/2004 – CONSEPE).
- UESC (Universidade Estadual de Santa Cruz): adota reserva de 50% das vagas de cada curso e em cada turno para estudantes da rede pública, deste percentual, 75% serão destinadas a estudantes negros; em cada curso serão admitidas até 2 vagas além das estabelecidas, destinadas a índios ou quilombolas (Resolução CONSEPE n. 064/2006).

- UNEB (Universidade do Estado da Bahia): adota reserva de 40% para a população afrodescendente oriunda de escolas públicas no preenchimento das vagas relativas aos cursos de graduação e pós-graduação (Resolução n. 196/2002).

- CEFET-BA (Centro Federal de Educação Tecnológica da Bahia): adota 50% das vagas para alunos da rede pública, desse percentual, 60% são destinados para os autodeclarados negros, 5% para índios e seus descendentes e 35% para os demais (Resolução n. 10/2006 do Conselho Diretor).

Estado do Ceará

- UVA (Universidade Estadual Vale do Acaraú): adota reserva de 5% das vagas para os candidatos portadores de necessidades especiais (Resolução n. 25/2005 – CEPE).

Estado do Maranhão

- UFMA (Universidade Federal do Maranhão): adota reserva de 25% das vagas aos candidatos que se declararem afrodescendentes, mais 25% das vagas serão destinadas exclusivamente a alunos de escolas públicas, independentemente de etnia; além disso, uma vaga de cada curso de graduação da universidade a cada semestre será destinada a portadores de deficiência física e a indígenas (Resolução n. 499/2006 – CONSEPE).

Estado da Paraíba

- UEPB (Universidade Estadual da Paraíba): adota reserva de vagas para cada curso. As vagas são separadas em Cota Universal, correspondendo a 80% das vagas, e em Cota de Inclusão, correspondendo a 20% para alunos que tenham cursado as três séries do ensino médio na rede pública do Estado da Paraíba (Resolução n. 06/2006 – CONSEPE).

Estado de Pernambuco

- UPE (Universidade Estadual de Pernambuco): adota reserva de 20% de suas vagas para estudantes da rede pública de ensino (Resolução n. 10/2004 – CONSUN).
- CEFET-PE (Centro Federal de Educação Tecnológica de Pernambuco): adota reserva de 50% das vagas, nas diversas modalidades de ensino da instituição, para alunos oriundos de escolas da rede pública estadual ou municipal (Resolução n. 49/2006 – CONDIR).

Estado do Rio Grande do Norte

- CEFET-RN (Centro Federal de Educação Tecnológica do Rio Grande do Norte): adota reserva de 50% das vagas para candidatos oriundos da rede pública (Resolução n. 04/2005 do Conselho Diretor, de 17.2.2005).
- UERN (Universidade Estadual do Rio Grande do Norte); IFESP (Instituto de Educação Superior Presidente Kennedy): adotam reserva de 50% das vagas para candidatos oriundos da rede pública (Lei Estadual n. 8.258, de 27.12.2002).

Estado do Piauí

- UFPI (Universidade Federal do Piauí): adota reserva de 5% das vagas para estudantes que tenham cursado todos os anos de estudo, do ensino fundamental ao ensino médio, na rede pública (Resolução n. 093/2006 – COPEX).

Estado do Sergipe

- CEFET-SE (Centro Federal de Educação Tecnológica do Sergipe): adota reserva de 5% das vagas de cada curso oferecido aos Portadores de Necessidade Especiais (Decreto Federal n. 298/1999, art. 40).

Estado do Paraná

- UFPR (Universidade Federal do Paraná): adota reserva de 20% das vagas para estudantes afrodescendentes, 20% para estudantes

de escola pública e 10 vagas para estudantes indígenas (Resolução n. 37/2004 – COUN).

- UEPG (Universidade Estadual de Ponta Grossa): adota reserva de 10% das vagas para candidatos oriundos de escolas públicas e 5% para candidatos negros de escolas públicas e 6 vagas para indígenas integrantes das tribos paranaenses (Resolução n. 9/2006 – Lei Estadual n. 14.995/2006).

- UEL (Universidade Estadual de Londrina): adota reserva de 20% das vagas para estudantes afrodescendentes, 20% para estudantes de escola pública e 6 vagas para indígenas integrantes das tribos paranaenses (Resolução n. 78/2004 – Lei Estadual n. 14.995/2006).

- UEM (Universidade Estadual de Maringá); UNIOESTE (Universidade Estadual do Oeste do Paraná); UNESPAR (Universidade Estadual do Paraná); UENP (Universidade Estadual do Norte do Paraná); UNICENTRO (Universidade Estadual do Centro-Oeste); EMBAP (Escola de Música e Belas Artes do Paraná); FAP (Faculdade de Artes do Paraná); FECEA (Faculdade Estadual de Ciências Econômicas de Apucarana); FALM (Fundação Faculdade Luiz Meneghel); FECILCAM (Faculdade Estadual de Ciências e Letras de Campo Mourão); FAFICP (Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras de Cornélio Procópio); FAFIJA (Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras de Jacarezinho); FAEFIJA (Faculdade Estadual de Educação Física de Jacarezinho); FUNDINOPI (Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro de Jacarezinho); FAFIPA (Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras de Paranavaí); FAFIPAR (Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras de Paranaguá); FAFI (Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras de União da Vitória): adotam reserva de 6 vagas para indígenas integrantes das tribos paranaenses (Lei Estadual n. 14.996/2006, de 9.1.2006, Edital n. 007/2007 – COORPS, Edital n. 01/2006 – CUIA).

- UTFPR (Universidade Tecnológica Federal do Paraná): adota reserva de 50% das vagas ofertadas para candidatos que tenham concluído todas as séries do ensino médio em escola pública (Edital n. 20/2007 – CAFVCV).

Estado do Rio Grande do Sul

- UFRGS (Universidade Federal do Rio Grande do Sul): adota reserva de 30% das vagas em todos os cursos de graduação para alunos autodeclarados negros e egressos de escolas públicas (CONSUN – Decisão n. 134/2007).
- UERGS (Universidade Estadual do Rio Grande do Sul): adota reserva de 50% das vagas para candidatos hipossuficientes (carentes) e 10% para portadores de deficiência física (Lei n. 11.646/2001).
- UFSM (Universidade Federal de Santa Maria); UNIPAMPA (Universidade Federal do Pampa): adotaram reserva de 10% das vagas para afrodescendentes em 2008 e vão aumentar tal porcentagem ano a ano até chegarem a 15% no processo seletivo de 2013; 20% para alunos que cursaram todo o ensino fundamental e médio em escolas públicas; 5% para portadores de necessidades especiais e 5 vagas para indígenas (Resolução n. 011/2007).

Estado de Santa Catarina

- UFSC (Universidade Federal de Santa Catarina): adota reserva de 20% das vagas para estudantes oriundos de escolas públicas e 10% para negros, também formados no ensino público – fundamental e médio (Resolução n. 008/CUN/2007, de 10.7.2007).
- USJ (Centro Universitário de São José): adota reserva de 70% das vagas para alunos das escolas públicas de São José. O aluno precisa ter realizado a segunda e a terceira série do ensino médio em escolas públicas municipais, estaduais ou federais localizadas na cidade de São José (Lei n. 4.279, de 26.4.2005).

Anexo B

- UNICAMP (Universidade Federal de Campinas); FAMERP (Faculdade de Medicina S. J. do Rio Preto): adotam pontuação adicional de 30 pontos para alunos da rede pública e, além dos 30, mais 10 para afrodescendentes carentes (Deliberação CONSU – A – 12/04).
- USP (Universidade de São Paulo): adota sistema de pontuação acrescida, no qual um fator de acréscimo de 3% é aplicado às notas

das 1ª e 2ª fases para alunos da rede pública (Programa de Inclusão Social da USP – INCLUSP – Conselho Universitário de 23.5.2006).

- UFF (Universidade Federal Fluminense): adota bônus de 10% sobre a nota final do candidato, que deve ser egresso de escola pública estadual ou municipal de qualquer unidade da federação, exceto dos colégios federais, universitários, militares e de aplicação (Resolução n. 091/2007 – COSEAC).

- FATEC (Faculdade de Tecnologia – São Paulo): adota sistema de pontuação acrescida para afrodescendentes e egressos do ensino público (Decreto n. 49.602, de 13.5.2005).

- UFRN (Universidade Federal do Rio Grande do Norte): adota adição de pontos fixos sobre a nota do aluno de rede pública que tiver nota igual ou superior à média dos candidatos inscritos, pontos estes calculados com base no desempenho dos alunos da rede pública e que variam de acordo com o curso (Argumento de Inclusão – AI).

- UFPE (Universidade Federal de Pernambuco); UFRPE (Universidade Federal Rural de Pernambuco); UNIVASF (Universidade Federal do Vale de São Francisco): adotam sistema de pontuação que acrescenta 10% sobre a nota final dos alunos oriundos da rede pública (Resolução n. 09/2006 CCEPE e Resolução n. 03/2007 CONUNI).

Anexo C

Ensino superior e nível de renda (1982)

Nível de renda familiar	% do grupo na população total	Matric. no ens. púb.	Matric. no ens. priv.	Total de matr.
Até 1 salário mínimo	21,1	3.760	4.988	8.748
1 a 2	23,2	14.741	20.533	35.276
	44,3%			
2 a 5	30,8%	59.696	153.677	213.373
5 a 10	13,6%	86.320	302.933	389.253
Mais de 10	8,6%	159.700	425.541	585.241
Sem rendimento	1,9%	2.661	3.405	6.066
Sem declaração	0,8%	4.072	9.916	13.988
Total	100%	330.950	920.993	1.251.945

Fonte: IBGE, Anuário Estatístico do Brasil 1983, p. 247, e PNAD 1982, Brasil e grandes regiões, p. 32.

Anexo D

Idade e rendas médias dos estudantes brasileiros, por nível de estudo

Nível de estudo	Idade	Renda domiciliar (R\$ por mês)	Renda mensal própria (R\$ por mês)	Número de pessoas	% com renda própria	% vivendo com os pais
Regular de 1ª grau	12,13	837,31	134,29	31.091.613	0,09	90,7
Regular de 2ª grau	18,73	1.474,41	243,44	5.626.207	0,37	82,7
Superior	24,71	2.772,00	714,34	1.945.812	0,64	67,1
Mestrado ou doutorado	33,70	4.004,00	2.153,91	153.335	0,89	25,3

Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), 1997.

Anexo E

OS BRANCOS TÊM PRECONCEITO DE COR EM RELAÇÃO AOS NEGROS? (Resposta estimulada e única, em %)

COR AUTO-ATRIBUÍDA

	Total				Outros
NÃO	9	9	10	8	11
SIM	89	89	88	91	88
Têm muito	61	60	60	64	60
Têm um pouco	25	25	25	23	25
Não sabe se muito ou pouco	3	3	3	4	3
NÃO SABE	2	2	2	1	1
Total em %	100	100	100	100	100
Base ponderada	4994	2485	1426	595	487
Núm. de questionários	5074	2520	1452	604	498

Base: Total da amostra.

Fonte: Pergunta 16 - Na sua opinião, no Brasil os brancos têm preconceito de cor em relação aos negros? (Se sim) Muito ou pouco?

Anexo F

(SÓ PARA NÃO-NEGROS)
VOCÊ TEM PRECONCEITO DE COR EM RELAÇÃO AOS NEGROS?
 (Resposta estimulada e única, em %)

COR AUTO-ATRIBUÍDA

	Total	Respostas		
				Doutos
NÃO	88	88	89	89
SIM	10	11	10	10
Tem muito	3	2	3	2
Tem um pouco	7	7	6	7
Não sabe se muito ou pouco	1	1	1	1
NÃO SABE	2	1	2	1
Total em %	100	100	100	100
Base ponderada	4403	2487	1427	488
Núm. de questionários	4475	2522	1453	500

Base: Entrevistados que se auto-atribuíram cor não-preta.

Fonte: Pergunta 18 - E você tem preconceito de cor em relação aos negros? (Se sim) Muito ou pouco?

Anexo G

PRECONCEITO RACIAL MANIFESTO (ESCALA RIGOROSA)
 (Em %)

COR AUTO-ATRIBUÍDA

	Total	Respostas			Doutos
					
Não manifestou preconceito	13	14	13	11	11
Preconceito light	36	37	34	38	31
Preconceito medium	47	44	48	48	55
Preconceito heavy	4	4	4	3	4
Total em %	100	100	100	100	100
Base ponderada	5000	2487	1428	597	488
Núm. de questionários	5081	2522	1454	606	499

Base: Total da amostra.

Fonte: Perguntas 5A a 5G, P8, P12, P13/P13A, P14/P14A e P15/P15A (v. p. 129 a 184).

Anexo H

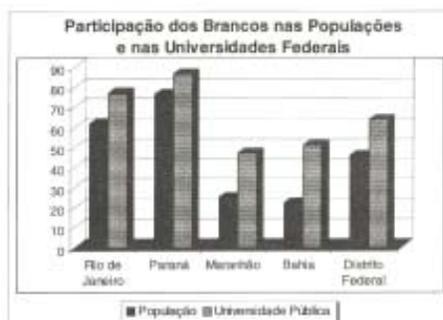


Anexo I

Tabela 12 - Participação dos brancos no conjunto da população do seta e sua presença na universidade

Estado	1.População	Universidade	2.População
Rio de Janeiro	61,7	UF RJ	76,8
Paraná	76,2	UFPR	86,5
Maranhão	24,8	UFMA	47
Bahia	20,2	UFBA	50,8
Distrito Federal	45,9	UnB	63,7

Fonte: IBGE/População

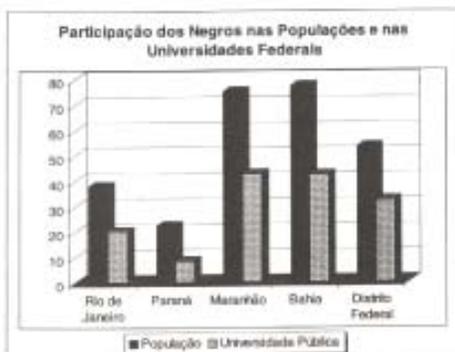


Anexo J

Tabela 11 - Participação dos negros no conjunto da população do estado e sua presença na universidade

	1. População	Universidade	2. População
Rio de Janeiro	38,2	UFRJ	20,3
Paraná	22,4	UFPR	8,6
Maranhão	75,1	UFMA	42,8
Bahia	79,2	UFBA	42,6
Distrito Federal	53,6	UnB	32,3

Fonte: IBGE/Pesquisa direta.



Anexo K

Tabela 10 - Distribuição percentual dos estudantes segundo a cor e a Universidade*

	UFRJ	UFPR	UFMA	UFBA	UnB
Branca	76,8	86,5	47	50,8	63,7
Parda	17,1	7,7	32,4	34,6	29,8
Preta	3,2	0,9	10,4	8	2,5
Amarela	1,6	4,1	5,9	3	2,9
Indígena	1,3	0,8	4,3	3,6	1,1
Total	100	100	100	100	100

Fonte: Pesquisa direta

Anexo L

EXCLUSÃO ACADÊMICA			
Pesquisa mostra que o número de docentes negros é ínfimo			
Total de professores por universidade			Os negros na USP
EM 2000	PROFESSORES		EM PORCENTAGEM
INSTITUIÇÃO	TOTAL	NEGROS	
			PROFESSORES NEGROS (% do TOTAL)
Universidade de São Paulo (USP)	4.705	5	0,10
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)	2.000	3	0,15
Universidade Estadual de Campinas (Unicamp)	1.761	4	0,20
Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)	3.200	20	0,60
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)	2.700	20	0,75
Universidade de Brasília (UnB)	1.500	15	1,00
Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)	2.300	30	1,30
			Inscritos no vestibular (2005) 23,1
			Aprovados para a 2.ª fase do vestibular (2006) 12,9
			Aprovados no vestibular (2005) 12,0
			Estudantes de graduação (2001) 9,60
			Professores 0,10

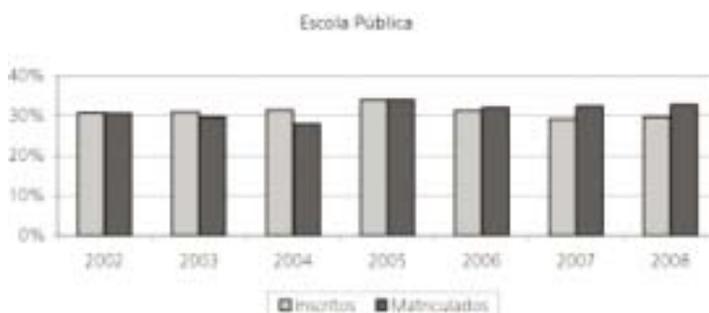
FONTE: PROFESSOR JOSÉ ZORIE DE CARVALHO, FUVEST E USP

APROSTATO

Anexo M

Escola pública

Ano	Inscritos			Matriculados		
	Geral	Esc.Pub	%	Geral	Esc.Pub	%
2002	47265	14526	30,70%	2679	820	30,60%
2003	46492	14362	30,90%	2877	854	29,70%
2004	50549	15854	31,40%	2971	831	28,00%
2005	53775	18338	34,10%	2994	1021	34,10%
2006	49606	15534	31,30%	3033	969	32,00%
2007	50219	14614	29,10%	3061	992	32,40%
2008	49477	14705	29,72%	3032	994	32,80%



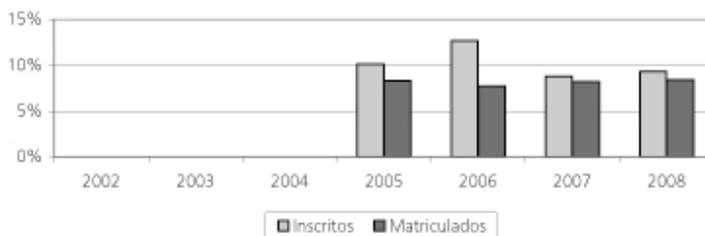
Fonte: COMVEST. Programa de Ação Afirmativa e Inclusão Social (PAAIS). Disponível em: <<http://www.convest.unicamp.br/paais/numeros.html>>. Acesso em: 29 jul. 2008.

Anexo N

Pretos, pardos e indígenas

Ano	Inscritos			Matriculados		
	PAAIS			PAAIS		
	Geral	PPI	%	Geral	PPI	%
2002	0	0	0,00%	0	0	0,00%
2003	0	0	0,00%	0	0	0,00%
2004	0	0	0,00%	0	0	0,00%
2005	53775	5441	10,10%	2994	248	8,30%
2006	49606	6319	12,70%	3033	232	7,70%
2007	50219	4419	8,80%	3061	251	8,20%
2008	49477	4623	9,34%	3032	256	8,40%

Pretos, Pardos e Indígenas no PAAIS

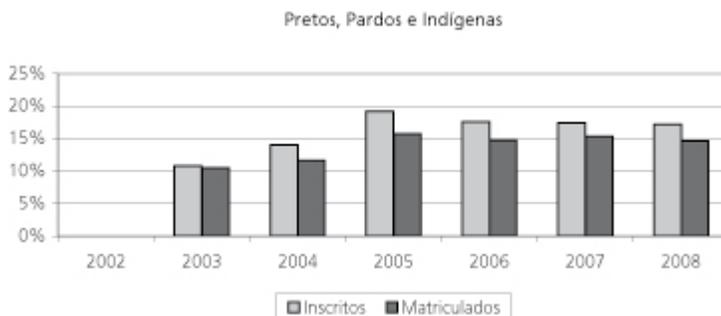


Fonte: COMVEST. Programa de Ação Afirmativa e Inclusão Social (PAAIS). Disponível em: <<http://www.convest.unicamp.br/paais/numeros.html>>. Acesso em: 29 jul. 2008.

Anexo O

Pretos, pardos e indígenas no PAAIS

Ano	Inscritos			Matriculados		
	Geral	PPI	%	Geral	PPI	%
2002	0	0	0,00%	0	0	0,00%
2003	46492	5011	10,80%	2877	301	10,50%
2004	50549	7061	14,00%	2971	345	11,60%
2005	53775	10302	19,20%	2994	470	15,70%
2006	49606	8735	17,60%	3033	446	14,70%
2007	50219	8738	17,40%	3061	468	15,30%
2008	49477	8494	17,17%	3032	443	14,60%



Fonte: COMVEST. Programa de Ação Afirmativa e Inclusão Social (PAAIS). Disponível em: <<http://www.convest.unicamp.br/paais/numeros.html>>. Acesso em: 29 jul. 2008.

Anexo P

Desempenho dos alunos do PAAIS

Curso	PAAIS	Vestibular bruto ⁽¹⁾		Rendimento ⁽²⁾		Perguntas	
		PAAIS	PAAIS	1ª	2ª	1ª	2ª
Física (N)	30	501	525	5,44	4,65	S	S
Engenharia Agrícola (I)	70	495	501	5,77	5,10	S	S
Tecnologia Construção Civil (N)	80	355	383	5,99	5,43	S	S
Engenharia Civil (I)	80	502	531	5,68	5,22	S	S
Estatística (I)	70	482	490	6,17	5,68	S	S
Música: Composição (I)	5	467	473	8,39	7,79	S	S
Pedagogia (N)	45	440	462	8,75	8,18	S	S
Educação Artística (I)	30	486	523	8,72	8,16	S	S
Engenharia Mecânica (I)	140	543	570	7,00	6,73	S	S
Engenharia Química (I)	60	569	589	6,62	6,39	S	S
Linguística Bacharelado (I)	20	501	522	7,68	7,42	S	S
Medicina (UNICAMP) (I)	110	647	670	7,48	7,24	S	S
Tecnol. Saneamento Amb. (I)	80	405	422	6,37	6,25	S	S
Pedagogia (V)	45	438	466	8,82	8,64	S	S
Matemática Licenciatura (N)	60	466	489	6,59	6,48	S	S
Ciências Sociais (N)	55	506	533	7,57	7,49	S	S
Engenharia Elétrica (I)	70	577	594	7,23	7,17	S	S
Ciência da Computação (N)	50	541	566	6,53	6,51	S	S
Enfermagem (UNICAMP) (I)	40	486	501	6,88	6,88	S	S
Física/Mat./Mat.Aplic./Comp.(I)	155	508	534	5,36	5,37	S	N
Música Popular (I)	20	467	508	7,81	7,83	S	N
Ciências Econômicas (N)	35	550	567	6,50	6,52	S	N
Letras Licenciatura (N)	30	495	508	7,99	8,05	S	N
História (I)	40	535	553	8,25	8,35	S	N
Engenharia de Alimentos (I)	80	544	567	6,67	6,77	S	N
Tecnologia em Informática (I)	45	415	444	5,70	5,85	S	N
Geografia – Bac. e Licenc. (N)	30	463	499	6,42	6,73	S	N
Química (I)	70	516	550	5,73	6,08	S	N
Filosofia (I)	30	462	509	5,90	6,36	S	N
Odontologia (I)	80	465	503	6,66	7,19	S	N
Educação Física (N)	50	458	501	7,56	8,26	S	N
Engenharia de Computação (I)	90	596	592	6,99	6,30	S	N
Tecnol. Saneamento Amb. (I)	40	429	474	7,65	7,16	S	N
Arquitetura e Urbanismo (N)	30	535	534	7,59	7,38	S	N
Ciências Sociais (I)	55	531	544	7,75	7,60	S	N
Letras Licenciatura (I)	30	525	538	7,98	7,84	S	N
Educação Física (I)	50	493	499	8,31	8,18	S	N
Engenharia de Alimentos (N)	35	541	531	5,90	5,82	N	N
Eng. de Contr. e Automação (N)	50	592	594	7,61	7,52	S	N
Geologia/Geografia Bach. (I)	40	487	502	6,34	6,30	S	N
Ciências Econômicas (I)	70	561	577	6,45	6,43	S	N
Artes Cênicas (I)	25	504	527	8,69	9,76	S	N
Fonoaudiologia (I)	30	485	485	7,68	7,81	N	N
Licenc. Integ. Química/Física (N)	30	476	491	5,43	5,54	S	N
Com. Social/Midiologia (I)	30	563	557	8,23	8,44	N	N
Farmácia (I)	40	556	564	7,23	7,42	N	N
Tecn. em Telecomunicações (I)	50	402	414	6,22	6,39	S	N
Dança (I)	25	459	485	8,17	8,44	S	N
Tecnologia em Informática (N)	45	424	441	5,63	5,91	N	N
Química Tecnológica (N)	40	503	500	5,49	5,83	N	N
C. Biológicas Licenciatura (N)	45	522	554	6,46	6,92	N	N
Ciências Biológicas (I)	45	588	616	6,98	7,48	N	N
Engenharia Química (N)	40	542	560	5,65	6,51	N	N
Engenharia Elétrica (N)	30	546	576	6,73	7,89	N	N
Música: Instrumentos (I)	20	451	464	6,54	7,95	N	N

(1) Pontuação do vestibular sem o bônus

(2) Nota média nas disciplinas do primeiro semestre

1ª O desempenho dos alunos do PAAIS na UNICAMP comparado com seu desempenho no vestibular foi melhor?

2ª O desempenho dos alunos do PAAIS na UNICAMP foi melhor (na média) que o dos demais alunos?

Fonte: Comissão Permanente para os Vestibulares (COMVEST). Disponível em: <http://www.convest.unicamp.br/vest2007/tabela_release_22_12.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2008.



JUSTIÇA, ADEQUAÇÃO E EFICÁCIA COMO CRITÉRIOS DE
IMPLEMENTAÇÃO DAS COTAS PARA NEGROS
EM UNIVERSIDADES BRASILEIRAS

Thaiana Bitti de Oliveira Almeida
2º Lugar na Categoria Estudantes de Graduação

“É muito bonito esperar a justiça, a paz, a liberdade, em todo o caso não é condenável. Mas não é suficiente: falta agir por elas, o que já não é mais uma esperança, mas uma vontade”. (André Comte-Sponville)

Sumário

Introdução

1 - Os princípios da igualdade e da não-discriminação

1.1 - Igualdade formal e igualdade material

1.2 - O princípio da não-discriminação e a promoção da dignidade humana

2 - As ações afirmativas e as cotas

3 - A política de cotas em universidades no Brasil

4 - Justiça, adequação e eficácia na implementação das cotas raciais – um apanhado do pensamento de Ronald Dworkin

5 - Constitucionalidade das cotas para negros no ensino superior brasileiro: a análise da questão pelo Supremo Tribunal Federal

Conclusão

Introdução

O presente trabalho visa tratar do controverso tema relativo à implementação de cotas baseadas em critérios de raça nas universidades brasileiras, como uma maneira de instituir a igualdade material no ensino superior, desde que observados os critérios de justiça, adequação e eficiência de tais políticas afirmativas.

O objetivo geral deste estudo é provar a constitucionalidade das ações afirmativas voltadas à população negra, especificamente aquelas que dizem respeito às cotas em universidade, por meio de um estudo da modificação do sentido do princípio da igualdade jurídica, estabelecendo-se a relação entre o princípio da não-discriminação e a promoção da dignidade da pessoa humana, objetivo primordial do Estado Democrático de Direito.

Para melhor elucidação do tema a ser abordado, o presente trabalho está dividido em cinco capítulos. No primeiro capítulo, far-se-á uma breve evolução do princípio da igualdade, além de uma abordagem do princípio da não-discriminação interligado ao corolário da dignidade da pessoa humana.

No capítulo posterior, será abordado o tema das ações afirmativas, esclarecendo-se sua conceituação, seus objetivos e suas dificuldades de implementação em nosso país das políticas positivas sob a modalidade de cotas raciais.

No tópico seguinte, haverá a exposição da justificativa da implementação de cotas para negros em universidades do Brasil, partindo-se de uma análise da população que tem privado o acesso ao ensino superior (em sua maioria negros), bem como será feita avaliação do papel do Estado na garantia da equidade do acesso à universidade.

O quarto capítulo versará sobre os critérios de justiça, adequação e eficiência na implementação das cotas raciais, tendo como norteadora a obra do filósofo Ronald Dworkin. Inicialmente, será feita uma contextualização do pensamento do autor para, após, relacioná-lo com a questão brasileira, demonstrando-se que não há qualquer violação ao princípio da igualdade com o uso de cotas.

No derradeiro capítulo, será feito o estudo dos argumentos expendidos em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade que tem por objeto uma lei estadual que instituiu política de cotas em universidades do Rio de Janeiro. Por meio da interpretação pluralista da Constituição, bem como tendo por base os próprios princípios presentes na Magna Carta, restará demonstrada a constitucionalidade da política de cotas em universidades dirigidas aos negros.

No tocante à metodologia de procedimento, aplicar-se-á o método da pesquisa bibliográfica em livros jurídicos, artigos da Internet relativos ao tema, culminando com a análise e interpretação de uma ação que tramita perante o Supremo Tribunal Federal, ainda pendente de julgamento.

1 - Os princípios da igualdade e da não-discriminação

1.1 - Igualdade formal e igualdade material

Uma das mais relevantes conquistas humanas a partir dos movimentos liberais do século XVIII foi o delineamento do princípio da igualdade. A concepção de que o homem, em sua essência, possui uma espécie de *status quo* segundo o qual todos nós somos originalmente indistintos consubstanciou-se na igualdade jurídica prevista nas Constituições então surgidas como símbolo do Estado Moderno.

O constitucionalismo até então estabelecido, no dizer de Carmen Lúcia Antunes Rocha, acanhava-se em sua concepção meramente formal do princípio denominado de isonomia, despojado de instrumentos de promoção da igualdade jurídica¹.

A igualdade formal, ou de previsão, não olhava seus destinatários e aparentou satisfazer os anseios jurídicos e filosóficos dos pensadores e ativistas sociais, entretanto, ao longo do tempo, não se mostrou suficiente, pois a lei cega não levava em conta os desvios característicos da vida em sociedade, a exemplo da discriminação.

Em contrapartida, temos a igualdade material, ou de execução, surgida como um fim em si mesma, em prol de uma intenção de

¹ ROCHA apud GOMES, 2001a, p. 3.

justiça, dadas as incontáveis diferenças existentes entre os indivíduos, que não podem ser desconsideradas. Aqui, temos uma postura mais ativa do Estado, que deve adotar as medidas necessárias ao desenvolvimento e proteção de determinados grupos e seus indivíduos notadamente frágeis e desfavorecidos socialmente.

No contexto de políticas públicas mais sensíveis à realidade, emergem a igualdade de oportunidades e a igualdade de resultados. Vera Lúcia Raposo² leciona que a igualdade de oportunidades representa a igualdade do ponto de partida, atuando mediante aperfeiçoamentos no sistema educativo, reformulações da distribuição de papéis na sociedade, repartição de rendimentos. São medidas que visam promover condições homogêneas de acesso aos bens para todos os membros da sociedade. Já a igualdade de resultados impõe a igualdade à chegada, importando em uma correção pelo Estado de qualquer distorção que sobrevenha após a concessão inicial a todos das mesmas oportunidades, de modo que assegure a efetiva distribuição de bens³.

1.2 - O princípio da não-discriminação e a promoção da dignidade humana

A discriminação racial, um dos desvios sociais que maculam o exercício pleno das liberdades humanas, foi conceituada no bojo da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial como

qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundadas na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por fim ou efeito anular ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública.

Para uma melhor compreensão do que vem a ser discriminação, especificamente no contexto racial, necessária se faz uma análise do

² RAPOSO, 2006, p. 166.

³ Id., *ibid.*

vocabulo preconceito sob uma perspectiva social e psicológica, como proposta por Brito Filho⁴. O professor nos esclarece que o preconceito deve ser estudado a partir do que se convencionou chamar de “percepção de pessoa”.

É a partir do olhar que uns têm sobre os outros que se cria a concepção negativa, aprendida, dirigida a um grupo determinado, como fruto do condicionamento ao qual somos submetidos em nosso meio social, seja em razão da educação, da convivência social ou familiar e até mesmo pela inserção em dado grupo.

O referido autor prossegue e, ainda sobre o preconceito, afirma que “muito embora sua conceituação seja necessária, não pode ser considerado propriamente como categoria jurídica de análise, pois ele, em si, apesar de encerrar atitude negativa, não produz efeitos para o Direito”⁵.

Isso ocorre porque o preconceito acha-se circunscrito à consciência individual, é algo íntimo, insuscetível de consequências jurídicas. O preconceito é, pois, infinito e intermináveis são suas facetas criadas pela mente humana.

A discriminação, por sua vez, é a exteriorização do preconceito, é o nefasto olhar em sua forma ativa, que produz a negação de um direito básico dos seres humanos, o de serem tratados como iguais, em que pese a cada um possuir diferenças.

Discriminar, na lição de Brito Filho, “é atentar contra o princípio da igualdade, muito embora não só contra ele, como também contra a dignidade do ser humano”⁶, e, por conseguinte, fere um dos fundamentos da República Federativa do Brasil instituído pela Constituição Federal de 1988 (artigo 1º, inciso III).

Fábio Konder Comparato aponta a dignidade da pessoa humana como núcleo essencial do qual emanam todos os direitos humanos, ou todos os direitos fundamentais reconhecidos na Carta Magna⁷. O referido autor leciona que as diferenças biológicas ou culturais

⁴ BRITO FILHO, 2002, p. 37.

⁵ Id., *ibid.*, p. 40.

⁶ Id., *ibid.*, p. 42.

⁷ COMPARATO, 1989.

não implicam a superioridade de alguns em relação aos outros; já as desigualdades são criações arbitrárias, que estabelecem uma relação de inferioridade entre pessoas ou grupos.

Assim, enquanto as desigualdades devem ser rigorosamente prescritas, em razão do princípio da isonomia, as diferenças devem ser respeitadas ou protegidas, conforme signifiquem uma deficiência natural ou uma riqueza cultural⁸.

O pensamento kantiano influenciou substancialmente a doutrina no que se relaciona ao princípio da dignidade da pessoa humana. Na atualidade, a noção de dignidade, afora alguns aspectos, reafirma lições anteriores, na medida em que é conferida a todos os seres humanos como qualidade a eles inerente.

Sustenta Ingo W. Sarlet⁹ que a constatação de que uma ordem constitucional consagra a ideia de dignidade da pessoa humana tem por pressuposto que o homem, independentemente de outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado. A dignidade propicia liberdade ao ser humano de conduzir sua vida de maneira responsável, realizar suas aspirações e desenvolver de forma completa suas capacidades.

Além disso, a consagração desse princípio como fundamento da República Federativa do Brasil faz com que o Estado seja responsável por cada ato – seu ou daqueles que dele dependem – que infrinja a dignidade. Consoante Ingo W. Sarlet¹⁰:

Se da dignidade – na condição de princípio fundamental – decorrem direitos subjetivos à sua proteção, respeito e promoção (pelo Estado e particulares), seja pelo reconhecimento de direitos fundamentais específicos, seja de modo autônomo, igualmente haverá de se ter presente a circunstância de que a dignidade implica também em última *ratio* por força de sua dimensão intersubjetiva, a existência de um dever geral de respeito.

⁸ COMPARATO, 1999, p. 185-261, apud BRITO FILHO, 2002, p. 39-40.

⁹ SARLET, 2001, p. 37.

¹⁰ Id., *ibid.*, p. 112.

No mesmo sentido, expõe Rizzato Nunes¹¹, *in verbis*:

Com efeito, se é o respeito pela dignidade humana a condição para uma concepção jurídica dos direitos humanos, se trata de garantir esse respeito de modo que se ultrapasse o campo do que é efetivamente protegido, cumpre admitir, como corolário, a existência de um sistema de direito com poder de coação. Nesse sistema, o respeito pelos direitos humanos imporá a um só tempo, a cada ser humano – tanto no que concerne a si próprio quanto no que concerne aos outros homens – e ao poder incumbido de proteger tais direitos a obrigação de respeitar a dignidade da pessoa. Com efeito, corre-se o risco se não se impuser esse respeito ao próprio poder, de este, a pretexto de proteger os direitos humanos, tornar-se tirânico e arbitrário. Para evitar esse arbítrio, é, portanto, indispensável limitar os poderes de toda a autoridade incumbida de proteger o respeito pela dignidade das pessoas, o que supõe um Estado de direito e a independência do judiciário.

E acrescenta:

Assim também o Estado, incumbido de proteger esses direitos e fazer que se respeitem as ações correlativas, não só é por sua vez obrigado a abster-se de ofender esses direitos, mas tem também a obrigação positiva da manutenção da ordem. Ele tem também a obrigação de criar as condições favoráveis ao respeito à pessoa por parte de todos os que dependem de sua soberania.

A discriminação não representa o mesmo que uma violação ao princípio da isonomia, haja vista ser este último bem mais amplo. O princípio da igualdade combate discriminações arbitrárias, enquanto o princípio da não-discriminação funda-se primordialmente no respeito à dignidade da pessoa humana, sendo assim uma guarida apenas às pessoas físicas, motivo pelo qual uma violação à igualdade toma proporções bem mais relevantes socialmente, posto que significa a negativa de conceder o mínimo ao ser humano.

¹¹ NUNES, 2002, p. 53.

O postulado da não-discriminação valoriza algo que a igualdade recusa: a diferença. Nesse sentido:

Hoje em dia, o direito à diferença é tão ou mais essencial que o direito à igualdade. Ora, enquanto o princípio da igualdade acentua aquilo que aproxima os seres humanos e os assemelha entre si, o princípio da não-discriminação vem precisamente sublinhar o que distingue os membros da espécie humana uns dos outros, afirmando que, não obstante essas diferenças, todos são titulares da mesma dignidade. Por conseguinte, merecem o mesmo respeito, não podendo ser prejudicados por causa dessas diferenças (quando muito, poderão ser protegidos por causa delas, à luz da discriminação positiva)¹².

Uma sociedade democrática e justa é caracterizada não pela igualdade isolada, mas primordialmente pela igualdade aliada à diferença. O intuito maior do princípio da não-discriminação, qual seja a proibição de discriminações, não se estende às diferenciações fundamentadas em motivos razoáveis, legítimos e, portanto, justos, visto que em sintonia com a ordem constitucional. De outra sorte, o repúdio social deve voltar-se às diferenciações arbitrárias, que escondem argumentos ilícitos, correspondentes à discriminação. Portanto, no momento de estabelecer o liame que distancia a discriminação da diferenciação, há que se ter em mente o respeito à razoabilidade e à proporcionalidade, para que não se transponha os direitos fundamentais.

Dado o primeiro passo, que foi a previsão nas Constituições do direito à igualdade, a obrigação do Estado passa a ser a garantia e a concretização do que está escrito na lei, relativizando proporcionalmente os princípios fundamentais para que eles tornem-se efetivos. Na busca pela justiça, diferenciar as pessoas é legítimo e um de seus desafios é desconstruir os preconceitos incutidos socialmente.

Perceba-se, portanto, que a igualdade enquanto direito fundamental não é absoluta e isso se dá principalmente pelo fato de que devemos levar em conta as diferenças sociais para alcançarmos o seu real propósito. No momento em que o Estado trata seus cidadãos

¹² RAPOSO, 2006, p. 168.

como se todos fossem, concretamente, iguais perante a lei, fecha os olhos para uma considerável parcela de pessoas que tem seus direitos básicos negados há séculos e, justamente por isso, não se desenvolvem plenamente como seres dignos de respeito que são.

2 - As ações afirmativas e as cotas

As ações afirmativas surgiram na segunda metade do século XX, nos Estados Unidos, de onde avançaram para diversos países nos continentes europeu, asiático e africano. Com o fracasso da neutralidade estatal, notadamente nos países com passado de escravidão (dentre os quais o Brasil destaca-se, dado o espaço considerável de tempo em que a “coisificação” de seres humanos por aqui perdurou), houve a necessidade de não mais apenas ter-se previsto nas Constituições as proibições da discriminação ou, na normativa infraconstitucional, a criminalização do racismo, pois estes dispositivos legais não são capazes de por si só reverter um quadro social que finca âncoras na tradição cultural de cada país, no imaginário coletivo, em suma, na percepção generalizada de que a uns devem ser reservados papéis de franca dominação e a outros, papéis indicativos do *status* de inferioridade¹³.

Respeitadas as particularidades de cada nação, podemos destacar como ponto de interseção entre todos os países no momento da aplicação da política positiva em comento o reconhecimento de que o Estado deve deixar sua inércia e passar de mero expectador das mazelas sociais para assumir uma postura ativa, principalmente em relação àqueles até então tidos como insignificantes. A essa nova proposta de políticas estatais dá-se o nome de ações afirmativas, por meio das quais os governos levam em conta as diferenças humanas como sexo, raça e cor para elaborar estratégias mais justas e inclusivas a seus cidadãos.

Assim leciona a ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha¹⁴ em estudo de vanguarda sobre ações afirmativas no Brasil, no qual a autora

¹³ GOMES, 2001a, p. 37.

¹⁴ ROCHA apud GOMES, 2001a, p. 42-45.

aponta que houve uma conscientização dos aplicadores do Direito no modo de lidar com os direitos fundamentais, momento em que “a ação afirmativa surgiu como a face construtiva e construtora do novo conteúdo a ser buscado no princípio da igualdade jurídica”. A despeito dessa maneira de interpretar e aplicar as leis, acrescenta:

Segundo essa nova interpretação, a desigualdade que se pretende e se necessita impedir para se realizar a igualdade no Direito não pode ser extraída, ou cogitada, apenas no momento em que se tomam as pessoas postas em dada situação submetida ao Direito, senão que se deve atentar para a igualdade jurídica a partir de toda a dinâmica histórica da sociedade, para que se focalize e se retrate não apenas um instante da vida social, aprisionada estaticamente e desvinculada da realidade histórica de determinado grupo social. Há que se ampliar o foco da vida política em sua dinâmica, cobrindo espaço histórico que se reflita ainda no presente, provocando agora desigualdades nascentes de preconceitos passados, e não de todo extintos. A discriminação de ontem pode ainda tingir a pele que se vê de cor diversa da que predomina entre os que detêm direitos e poderes hoje.

Joaquim Barbosa definiu as ações afirmativas na atualidade como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas no combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como educação e emprego¹⁵.

A história brasileira recente revela-nos uma verdadeira limitação das políticas sociais no que se refere à capacidade de reduzir desigualdades, ou de reverter as consequências de exclusões passadas. A igualdade não se produz naturalmente e as desigualdades que foram historicamente construídas (e consolidadas ao longo de séculos) têm que ser ativamente desconstruídas, por meio de deliberação consciente da sociedade e de instrumentos políticos adequados e eficazes.

Há, desta feita, que se adotar políticas focalizadas de promoção da igualdade, oferecendo, mediante discriminação positiva, compen-

¹⁵ GOMES, 2001a, p. 40.

sações para os grupos negativamente discriminados e excluídos no passado, visando restabelecer (ou estabelecer) condições de competição verdadeiramente igualitárias.

O principal obstáculo à adoção de políticas afirmativas voltadas a negros em nosso país tem sido uma persistente negação da questão racial, aliada a uma tolerância social à desigualdade em geral. Os brasileiros recusam-se a admitir a existência de qualquer forma de preconceito ou discriminação racial e têm-se revelado incapazes de reconhecer o problema racial, tampouco que a sociedade deva reparar de alguma maneira a população negra. Nessa linha:

A miscigenação, o relacionamento “cordial” entre as raças, os níveis relativamente baixos de violência inter-racial e de manifestações abertas de racismo, e a ausência de segregação legal ou explícita (que são traços verdadeiros e positivos da sociedade brasileira), faz com que a maioria dos brasileiros brancos tenda a subestimar, ou mesmo a descartar inteiramente, o papel do componente racial na geração e na manutenção dos altíssimos níveis de desigualdade que se observam no país. Apesar de conviver cotidianamente com disparidades flagrantes e permanentemente reiteradas, grande parte dos brasileiros ainda se apegam tenazmente ao mito, profundamente arraigado, de que seu país é uma “democracia racial”, com oportunidades iguais para todos, independentemente de sua raça ou cor da pele¹⁶.

Em uma pesquisa feita com alunos de diversos cursos da UNESP¹⁷, cujo objetivo foi investigar quais valores estão mais presentes na avaliação que universitários fazem a respeito de supostos usuários de cotas, os pesquisadores identificaram alguns pontos convergentes nas respostas dos alunos e o primeiro deles se refere ao reconhecimento da discriminação aos pobres e a negação da discriminação ou racismo contra os negros no país, principalmente em razão de uma representação antiga acerca das relações entre negros e brancos; no Brasil, é a que se refere ao “mito da democracia racial”, por meio do qual se nega haver em nosso país preconceitos e discriminação de

¹⁶ MARTINS, 2004, p. 56.

¹⁷ MENIN et alii, 2008, p. 255-272.

raça ao mesmo tempo em que se defende “a mestiçagem como padrão fortificador da raça”.

As ações afirmativas são um universo e muitas são as modalidades pelas quais podem ser trazidas ao dia a dia da sociedade, dentre as quais destacamos as cotas que, sem dúvida, representam a face mais controvertida das políticas positivas. Por meio das cotas, é feita uma reserva de percentual ou de número exato de vagas ou lugares àqueles que pertencem a grupos desfavorecidos em disputas por empregos ou ensino, por exemplo.

A cota é vista como uma modalidade radical de discriminação positiva, mas é justamente a que concretiza com maior acuidade a igualdade de resultados, pois os atribui aos sujeitos por elas tutelados, vindo as demais modalidades de discriminação positiva apenas a aumentar as possibilidades de se chegar a esses resultados, sem, entretanto, os garantir.

Sustentam filosoficamente as ações afirmativas diversos postulados, dentre os quais destacamos dois: a justiça compensatória e a justiça distributiva. Enquanto esta seria um olhar voltado ao presente, aquela seria uma visão do passado.

Tem-se por justiça compensatória a promoção pela sociedade de uma reparação ou compensação por injustiças cometidas no passado a grupos marginalizados, tendo uma natureza puramente restauradora. Já sob a ótica da justiça distributiva, a ação afirmativa seria uma maneira de redistribuição de bens, benefícios, vantagens e oportunidades de que são indevidamente privados certos grupos em razão da discriminação que surte efeito ainda no presente, o que justificaria moral e juridicamente a mitigação das iniquidades, sendo esta, a nosso entender, a mais adequada teoria.

Posicionamo-nos favoráveis à adoção do sistema de cotas como uma política de inclusão social daqueles que são desfavorecidos socialmente (não como a única), desde que observados os critérios de justiça, adequação e eficácia, adiante explicados, pois, para dizermos com Dworkin, os critérios raciais não são errados em princípio, entre-

tanto podem ser expostos a abusos como qualquer outro critério que venha a ser mal utilizado¹⁸.

Conclui-se, então, que, para afastarmos de nosso cotidiano as discriminações hoje notadas, deve-se promover uma mudança cultural e uma conscientização maior em nós, brasileiros, sob pena de não exercermos o dever cívico da busca pela igualdade, dado o fracasso da neutralidade estatal.

Devemos olhar para as cotas com o olhar responsável de um cidadão e vê-las como medida excepcional, que só se reveste de justiça se sopesadas diante de quadros como os que temos em nosso país de clara exclusão social e racial.

3 - A política de cotas em universidades no Brasil

A educação desempenha papel estratégico na avaliação das condições sociais de um dado país e é um poderoso agente de inclusão e promoção da igualdade, podendo, em sentido contrário, gerar, manter ou ampliar a desigualdade.

Especificamente com relação ao Brasil, os indicativos são de que o equivocado manejo dos recursos estatais faz com que a realidade se aproxime da hipótese da desigualdade, notadamente no que se refere à disparidade entre raças no acesso ao ensino. Trataremos, no presente trabalho, da situação particular do acesso de negros ao ensino superior brasileiro.

Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2006, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), com dados divulgados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada¹⁹, a proporção de jovens de 18 a 24 anos que frequentam o ensino superior diferencia-se de maneira impressionante quando comparamos a variante da raça. Enquanto os brancos representam 16,4 por cento do total de universitários no Brasil, os negros correspondem

¹⁸ DWORKIN, 2002, p. 353.

¹⁹ IPEA, com base na PNAD/IBGE (microdados 2001 a 2004).

a 5,1 por cento deste seletíssimo grupo de brasileiros que chegam à universidade²⁰.

Roberto Borges Martins²¹, analisando as consequências de disparidades como as mencionadas acima, dispôs que é particularmente preocupante a extensão e a persistência da exclusão da população afrodescendente do nível superior de educação, pois ela significa o seu virtual alijamento das ocupações de maior prestígio e remuneração, das posições de comando e deliberação, das camadas dirigentes tanto no setor público quanto no setor privado, e das atividades culturais e científicas que demandam educação formal, com graves reflexos não só para suas condições materiais de vida, mas também para sua autoestima e bem-estar psicológico.

A comparação dos perfis de acesso à universidade de negros e brancos demonstra que o sistema educacional não tem sido capaz de superar ou sequer de amenizar significativamente as imensas iniquidades geradas pelo período de exclusão escravista, seguidos por mais de um século de negligência e de discriminação.

Não obstante seja a Constituição o texto que disciplinará as relações de poder, o que mais importa, em suma, é colocar a serviço do ser humano tudo o que é realizado pelo Estado. Não fosse assim, se imaginássemos uma organização estatal fleumática, soberba e indiferente às demandas dos indivíduos, teríamos de aceitar passivamente a tese de que o Estado é um fim em si mesmo e não um meio de atingir as finalidades que, em último grau, contemplam a melhoria das condições de vida das pessoas²².

Não nos esqueçamos do papel social das universidades, que se utilizam de recursos públicos e devem gerar benefícios equânimes a toda a sociedade. Isso é um princípio do chamado Estado de Bem-Estar Social, uma construção derivada da democracia em que os proventos do labor coletivo devem estar disponíveis a todos.

²⁰ Os mesmos dados apontam que apenas 10,8% dos jovens entre 18 e 24 anos frequentam as universidades no Brasil.

²¹ MARTINS, 2004, p. 26.

²² SILVA NETO, 2008, p. 29-42.

Joaquim Barbosa²³ nos ensina que a exclusão social dos negros deriva de alguns fatores, dentre os quais se destaca um esquema perverso de distribuição dos recursos públicos da educação:

O ensino superior de qualidade no Brasil está quase inteiramente nas mãos do Estado. E o que faz o Estado nesse domínio? Institui um mecanismo de seleção que vai justamente propiciar a exclusividade do acesso, sobretudo aos cursos de maior prestígio e aptos a assegurar um bom futuro profissional, àqueles que se beneficiaram do processo de exclusão acima mencionado, isto é, os financeiramente bem aquinhoados. O vestibular, este mecanismo intrinsecamente inútil sob a ótica do aprendizado, não tem outro objetivo que não o de “excluir”. Mais precisamente, o de excluir os socialmente fragilizados, de sorte a permitir que os recursos públicos destinados à educação [...] sejam gastos não em prol de todos, mas para benefício de poucos.

Conforme Joaquim Barbosa, o fato de os recursos públicos serem destinados preponderantemente para as classes mais afluentes é a chave para se entender por que existem tão poucos negros nas universidades públicas brasileiras, quase nenhum nos cursos de maior prestígio e demanda, o que considera um problema constitucional de primeira grandeza, pois nos remete à noção primitiva de democracia, a saber: em que, por quem e em benefício de quem são despendidos os recursos financeiros da Nação.

De acordo com o IPEA²⁴, atualmente são 48 as instituições públicas de ensino superior que adotam alguma modalidade de ação afirmativa para o ingresso em cursos de graduação para a juventude negra e/ou oriunda do sistema de ensino público. Nas universidades públicas, as duas principais modalidades de ações afirmativas são as cotas e o sistema de bonificações, o que possibilitou efetivamente um ingresso maior da população negra no ensino superior. Paralelamente a essas iniciativas, o governo brasileiro implementou, em 2004, o Programa Universidade para Todos (PROUNI) nas universidades privadas, que

²³ GOMES, 2001b, p. 1133-1164.

²⁴ IPEA, 2008, p. 215.

fornece bolsas de estudo de ensino superior e cujo impacto sobre o acesso a jovens negros tem-se revelado muito expressivo.

As cotas em universidade geram dois tipos de debates: o debate político e o debate jurídico. O primeiro diz respeito à vontade do Estado em implementar tais políticas de ações afirmativas e estas parecem já estar na agenda do Brasil desde o governo Fernando Henrique Cardoso. Já o segundo é circundado pela legalidade de tais medidas, notadamente à luz da Constituição e também já teve seu debate lançado ao Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.197, em tramitação perante nossa Corte Constitucional, a despeito da qual ainda faremos considerações.

O debate das cotas em universidades públicas tem que ser feito com um olhar além do individualismo puro. Não é uma questão simples, pois estamos lidando com interesses conflitantes. De um lado temos os estudantes negros e de baixa renda, até então em sua grande maioria fadados a permanecer na pobreza, sem acesso à educação básica de qualidade, o que, portanto, lhes retira praticamente toda e qualquer chance de entrar em uma universidade. De outro lado, temos estudantes com melhores condições sociais, com oportunidade de uma formação adequada aos padrões de ensino, que se dedicam aos estudos e, portanto, entendem que têm direito a uma vaga na universidade; afinal, por que os negros também não estudam tanto quanto eles para chegarem lá?

Certamente ambos têm direito a cursar sua universidade, entretanto, dada a evidente impossibilidade de se destinar vagas a todos, tem-se que priorizar uns em relação aos outros, pensando, em primeiro lugar, na importância da educação; em segundo lugar, nas chances que terão os negros de baixa renda de ascenderem profissionalmente sem acesso à educação pública de qualidade em comparação com pessoas que, por exemplo, teriam condições de arcar com uma universidade particular.

Sabemos que as dificuldades financeiras em nosso país estendem-se a todos, brancos ou negros, entretanto, diante do fato de que a maioria daqueles que se encontram fora do sistema de ensino superior

são negros e, considerando ainda que os fatores históricos e culturais foram decisivos para tal, pensamos que ações afirmativas que pretendam reverter tal realidade são legítimas e plenamente pautadas na igualdade.

Reservar cotas para negros é, portanto, uma política que envolve justiça social e racial e é uma estratégia plausível para colaborar com a reconstrução desse nosso país ainda tão descomprometido com aqueles que mais necessitam. Não é um favor estatal, mas sim sua obrigação de construir a igualdade.

4 - Justiça, adequação e eficácia na implementação das cotas raciais – um apanhado do pensamento de Ronald Dworkin

No intuito de demonstrar a pertinência do uso das cotas para ingresso de negros nas universidades brasileiras, dedicamo-nos ao estudo de parte da obra do filósofo americano Ronald Dworkin, que, para muitos, é o teórico liberal de maior expressão da atualidade. Na leitura de seus escritos, visualizamos critérios que não estão organizados explicitamente pelo autor, mas que podem ser percebidos ao longo das obras e amoldam-se perfeitamente à implementação de qualquer política afirmativa, cabendo, portanto, sua aplicação à realidade brasileira.

Para compreendermos o contexto no qual Dworkin pensou seus critérios, mister que se saiba de antemão que o autor, em sua concepção liberal, aponta como dever dos governos tratar seus cidadãos com igual consideração e respeito. Paulo de Tarso D. Klautau Filho²⁵, em estudo sobre o mesmo teórico, diz que os direitos são “trunfos políticos” – um tipo de meta política – que não podem ser sobrepujados por objetivos ordinários da administração política, mas apenas por objetivos coletivos de urgência especial. De acordo com Dworkin:

Qualquer um que professe levar direitos a sério [...] deve aceitar, no mínimo, uma ou duas ideias importantes. A primeira é a vaga, mas poderosa, ideia de dignidade humana [...] associada a Kant [...] (a qual

²⁵ KLAUTAU FILHO, 2004, p. 86.

supõe que existem maneiras de tratar um homem que são inconsistentes com o reconhecimento dele como pleno membro na comunidade humana, e sustenta que tal espécie de tratamento é profundamente injusto. A segunda é a ideia mais familiar de igualdade política. Essa ideia supõe que os membros mais fracos de uma comunidade política têm direito à mesma consideração e respeito por seu governo, tal qual assegurada por seus membros mais poderosos a si próprios²⁶.

Note-se, portanto, que Dworkin traz a igualdade como um elemento central de qualquer política de Estado e entendemos que seu posicionamento alinha-se ao Estado Democrático de Direito:

Nenhum governo é legítimo se não mostra igual respeito (*equal concern*) quanto ao destino de todos os cidadãos, dos quais exige domínio e lealdade. *Equal concern* é a virtude soberana da comunidade política – sem a qual o governo é apenas tirania – e quando a riqueza de uma nação é desigualmente distribuída, como ocorre até hoje, mesmo nas nações mais prósperas, há que suspeitar do seu (da comunidade política) igual respeito (por seus cidadãos)²⁷.

Dworkin questiona até que ponto é realmente justo um indivíduo, sob alegação de violação à igualdade, ter o direito de que a raça não seja usada como um critério para admissão na universidade, mesmo que uma classificação racial possa contribuir positivamente para a promoção do bem-estar geral ou para a diminuição da desigualdade social e econômica. Todas as classificações raciais, até mesmo aquelas que tornam mais justo o conjunto da sociedade, implicam uma agressão ao princípio constitucionalmente garantido da igualdade? Pensamos que não.

O direito individual à igualdade pode conflitar com uma política social desejável, mesmo que esta tenha por objetivo tornar a sociedade mais igual em termos gerais. Assim, necessária se faz a distinção entre os dois tipos de direitos à igualdade que as pessoas têm. A um, tem-se o direito a igual tratamento (*equal treatment*), que consiste no direito a uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou

²⁶ DWORKIN, 1977, p. 199, apud KLAUTAU FILHO, 2004, p. 87.

²⁷ DWORKIN, 2000, p. 1, apud KLAUTAU FILHO, 2004, p. 88.

encargo ao cidadão em uma democracia. A dois, tem-se o direito de ser tratado como igual (*treatment as equal*), que significa ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa.

Dessa forma, a depender das circunstâncias, o tratamento como igual significará igual tratamento, mas não em todos os casos, haja vista que fundamental nos parece ser tratado com dignidade.

Localizados minimamente no ideário do filósofo, do qual derivam os critérios para a introdução de ações afirmativas (a exemplo das cotas em universidades), encontramos em Dworkin um tripé²⁸ a sustentar tais políticas, quais sejam: justiça, adequação e eficácia. Vejamos, de maneira pormenorizada, cada um deles.

O critério da justiça está vinculado à identificação de uma real situação merecedora de tratamento diferenciado por parte do Estado. Conforme dito em linhas anteriores, a exclusão dos negros da comunidade universitária no Brasil é fato e resulta de uma lógica desigual de aplicação dos recursos educacionais, uma lógica discriminatória que não pode continuar a ser acobertada pela sociedade.

Contudo, se ser justo (e igual) é distribuir entre todos os proventos do Estado, como então podemos aferir a desigualdade real na sociedade, a justificar as ações afirmativas? Segundo Klautau Filho²⁹, Dworkin defende um modelo no qual a igualdade pode ser medida em termos de recursos e oportunidades oferecidos pelo Estado a seus cidadãos e não por meio do bem-estar individual. Igualdade e liberdade, para Dworkin, são conceitos indissociáveis, e, para que o homem seja livre e apto a desenvolver seus anseios e capacidades, deve levar em conta o direito de outras pessoas e não apenas fazer o que deseja.

Sob essa ótica, os negros não são tratados como iguais, pois que não atende ao critério da justiça a discriminação a que são submetidos no Brasil ao serem privados do acesso em condições igualitárias ao ensino superior, tendo em vista a omissão de políticas públicas concretas para diminuir suas dificuldades nos ensinos fundamental

²⁸ Para utilizarmos a expressão do professor José Claudio Monteiro de Brito Filho em Ação afirmativa: primeira análise da medida adotada pela Universidade Federal do Pará para os cursos de graduação (artigo inédito).

²⁹ KLAUTAU FILHO, 2004, p. 104.

e médio, que obviamente resultarão em uma desigualdade na competição por uma vaga na universidade.

Não discordamos que devam existir políticas públicas a longo prazo de reformulação do ensino básico nacional (que também são ações afirmativas), entretanto, renegar uma geração que pode ascender, a curto prazo, a padrões de vida melhores com o acesso à universidade não parece justo. Assim, enquanto os efeitos das reformas no ensino não são gerados (haja vista que naturalmente exigem tempo para tal), é preciso que se inclua de imediato os jovens que anseiam por um ensino universitário capaz de lhes proporcionar melhores colocações no mercado de trabalho e, portanto, uma vida mais digna, pela qual não podem esperar mais 30 ou 40 anos.

Para que uma diferenciação não seja arbitrária, passando de discriminação positiva a negativa, há que se considerar sua real necessidade de aplicação e a identificação precisa da exclusão que visa combater, sob pena de se criar uma maneira de excluir os que não se enquadram nas categorias beneficiadas e não de incluir os que se ajustam a elas.

Não estamos aqui diante de uma situação de transitoriedade do padrão social de prejuízo e discriminação que os programas de cotas atacam, pois que a exclusão social e racial do negro perdura há séculos.

O Brasil não conseguiu garantir acesso à universidade em iguais condições a todos os membros da sociedade por meios racial e economicamente neutros, motivo pelo qual nos incumbe olhar para as ações afirmativas, no intuito de compreendê-las, com um olhar solidário e com espírito aberto.

Deve-se também comprovar que a medida adotada, durante determinado período de tempo preestabelecido, é capaz de corrigir a exclusão (eficácia), bem como que o mesmo ganho a ser alcançado com a implementação das cotas não poderia ser gerado mediante uma distribuição mais diluída das consequências (isso é adequação).

Justificar a adoção de políticas afirmativas, que são diferenciadoras, não é simples, pois, segundo Dworkin:

Qualquer critério adotado colocará alguns candidatos em desvantagem diante dos outros, mas uma política de admissão pode, não obstante isso, justificar-se, caso pareça razoável esperar que o ganho geral da comunidade ultrapassa a perda global e caso não exista uma outra política que, não contendo uma desvantagem comparável, produza, ainda que aproximadamente, o mesmo ganho³⁰.

Assim, devemos avaliar até que ponto as preferências pessoais e as avaliações feitas pelos estudantes da UNESP³¹, por exemplo, a respeito de alunos negros que entraram na universidade por meio do sistema de cotas, não estão impregnadas pelo que Dworkin denomina “preferências externas”, que são justamente as preferências eivadas por sentimentos racistas, sexistas etc. (que, no caso citado, remonta ao “mito da democracia racial brasileira”), preferências estas que violam o direito das pessoas de efetivamente serem tratadas como iguais.

Com relação à eficácia das políticas de cotas, não se tem a certeza de que um programa de admissão preferencial à universidade vá promover ao certo todas as políticas que se almeja, no entanto, não se pode também afirmar que é improvável que isso venha a acontecer.

Não existe um parâmetro irrefutável de que as consequências de sua implementação serão as que se espera, entretanto, mesmo diante de tal realidade, não se justifica uma postura contrária, até porque não há inconstitucionalidade que pese contra as cotas, desde que estas sejam proporcionalmente introduzidas nos processos seletivos³². “Do contrário, o direito só teria certezas ao preço de imperfeições e injustiças”³³.

³⁰ DWORKIN, 2002, p. 350.

³¹ Referimo-nos à pesquisa mencionada anteriormente, em que os estudantes, em sua maioria, não achavam justas as cotas para negros.

³² Interessante trabalho divulgado pelo IPEA avalia alguns modelos de políticas de cotas em universidades brasileiras, inclusive mencionando resultados positivos de inclusão de negros na população universitária, apesar de ainda ser muito cedo para avaliar de uma maneira geral as consequências das cotas nas universidades. Vide Boletim de Políticas Sociais, 2008, p. 217 *et seq.*

³³ DWORKIN, 2000, p. 446.

5 - Constitucionalidade das cotas para negros no ensino superior brasileiro: a análise da questão pelo Supremo Tribunal Federal

A Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) ajuizou, em 3.5.2004, Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de concessão de medida cautelar no intuito de ver declarada inconstitucional a Lei Estadual n. 4.151/2003 do Estado do Rio de Janeiro, lei esta que instituiu o sistema de cotas para ingresso no ensino superior em universidades públicas estaduais fluminenses.

Inicialmente, cumpre-nos esclarecer que não assumimos aqui o papel de defender a lei objeto da ADI (mesmo porque, em certos aspectos, discordamos dela). Nossa proposta é avaliar os argumentos técnicos que foram expostos pela autora no intuito de desconstruir as justificativas para a implementação de cotas que beneficiam negros. Estes argumentos sim nos interessam, na medida em que nos parecem equivocados por não se coadunarem com a melhor interpretação dos princípios e normas constitucionais, como a seguir demonstraremos.

A ADI n. 3.197, que originalmente foi distribuída ao ministro Sepúlveda Pertence e, após sua aposentadoria, encontra-se sob a relatoria do ministro Menezes Direito, funda-se nos argumentos de suposta inconstitucionalidade material da supramencionada lei estadual por afronta aos seguintes artigos da Constituição Federal: art. 5º, *caput* (princípios da isonomia e da interdição de discriminações); art. 19, III (vedação de preferências entre Estados); art. 206, I, e art. 208, V (princípio do mérito), além de violação ao princípio da proporcionalidade. Já como vício formal, aponta a Confederação autora a inobservância ao art. 22, XXIV, por usurpação de competência le-

gislativa privativa da União Federal para legislar acerca das diretrizes e bases da educação.

Para nos atermos à temática proposta, trataremos em nosso estudo especificamente das sugeridas inconstitucionalidades por desrespeito aos princípios da isonomia e da não-discriminação, ao princípio do mérito e ao princípio da proporcionalidade, todos relacionados com o aspecto racial. Não entraremos, portanto, no mérito da competência legislativa³⁴, tampouco da plausibilidade da inclusão dos demais grupos, que não o dos negros, no âmbito das cotas. Também não abordaremos a levantada afronta à vedação de preferências entre os Estados.

O diploma impugnado, em seu artigo 1º, assim dispunha à época da interposição da ADI:

Art. 1º Com vistas à redução de desigualdades étnicas, sociais e econômicas, deverão as universidades públicas estaduais estabelecer cotas para ingresso nos seus cursos de graduação aos seguintes estudantes carentes:

I – oriundos da rede pública de ensino;

II – negros;

III – pessoas com deficiência, nos termos da legislação em vigor, e integrantes de minorias étnicas³⁵.

³⁴ A esse respeito, já houve manifestação do Ministério Público (o Procurador-Geral da República à época, Geraldo Brindeiro, emitiu o parecer), na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.858, de autoria da Confenem (já extinta por perda do objeto, dada a revogação das leis objeto da mencionada ação), pugnano pela inconstitucionalidade das leis, “por invasão de competência legislativa privativa da União sobre diretrizes e bases da educação nacional (artigo 22, inciso XXIV, CF) [...] a reserva de vagas insere-se no âmbito da autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, que gozam as universidades, por força do art. 207, *caput*, da Carta Magna, nos moldes em que definida e delimitada pela lei federal em destaque (acrescentamos que se trata da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) enquanto não sobrevier lei federal determinando a obrigatoriedade de instituição no âmbito das universidades, de um sistema de cotas como meio de garantir o acesso de minorias ao ensino superior”.

³⁵ Lei Estadual n. 4.151/2003 do Estado do Rio de Janeiro. O inciso III do artigo 1º foi modificado pela Lei n. 5.074/2007 e, atualmente, vige com a seguinte redação, com a qual se incluiu mais uma categoria de “estudantes carentes”: “III - pessoas com deficiência, nos termos da legislação em vigor, integrantes de minorias

As categorias abrangidas pela lei são beneficiadas com uma reserva mínima de 45% das vagas em seu favor e, dentre estas, 20% das vagas são destinadas aos estudantes que se declarem negros.

Invocando o princípio da isonomia, a autora assevera que este é violado porque “os discrimens da lei impugnada atingem candidatos ao vestibular que, embora de baixa renda, não são porém negros (ou que assim não se autodeclaram)”, vindo o sistema de cotas a beneficiar somente candidatos que se autodeclaram negros, excluindo o pobre branco e o pobre pardo.

Em verdade, com relação ao pobre branco, este não é excluído do sistema de cotas, visto que se encontra abrangido pela categoria constante do inciso I do art. 1º da lei, ou seja, estudantes “oriundos da rede pública de ensino”. Ademais, os pardos são contemplados na categoria “negros”. Justifica-se a criação de cotas especificamente para negros de baixa renda em razão dos dois tipos de discriminação a que são sujeitos, quais sejam, a discriminação pela cor e, como consequência desta, a discriminação social.

Afirma a Confederação que a lei atacada discrimina candidatos ao vestibular com base em característica extrínseca dos concorrentes – a cor da pele –, o que por sua vez seria inconstitucional por conta da interdição em nossa Carta Magna da discriminação baseada no critério da cor dos cidadãos, bem como por não haver previsão constitucional “relativizando” a aplicação dos princípios da isonomia e da vedação de discriminações.

Para que alcancemos uma interpretação justa da Constituição no caso concreto ora posto, a questão da destinação de cotas para negros deve ser analisada sob uma perspectiva pluralista. Se pensarmos no conceito de igualdade material exposto no início de nosso trabalho, chegaremos à conclusão de que não há mais lugar, nas sociedades modernas, para a homogeneidade.

Marcelo Campos Galuppo³⁶ esclarece que a hipótese de um contrato social é tipicamente moderna e constitui a própria essência da organi-

étnicas, filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares e inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço”.

³⁶ GALUPPO, 2001, p. 51 e 52.

zação da Sociedade Moderna, permitindo articular os diversos planos de ação (integração social) sem que se abra mão da própria matéria de que se constitui a Modernidade (o indivíduo). Ainda segundo o autor, este contrato, que pressupõe indivíduos livres e iguais (pois somente indivíduos concebidos como livres e iguais entre si podem realizar contratos válidos, sem nenhum vício de consentimento), não elimina, no entanto, a diversidade e o pluralismo, mas apenas permite a convivência e, em alguns casos, a colaboração entre vários projetos acerca da vida boa. Em seu dizer:

Uma sociedade pluralista só pode subsistir, enquanto sociedade *pluralista*, se for, também, uma sociedade tolerante. Pois somente em uma sociedade tolerante é possível que tais projetos se atualizem na maior medida possível. O pluralismo não é, de fato, uma mera coexistência de concepções divergentes, mas uma *convivência* desses projetos, realizados e atualizados da melhor forma exequível. Se um projeto não puder ser realizado de forma alguma, por limitações impostas pelo grupo que assume o poder central, então os projetos minoritários estão fadados a desaparecerem, e com eles o próprio pluralismo. Esta concepção, aliás, estrutura a Constituição Brasileira, que afirma o pluralismo em seu preâmbulo e em seu artigo 1º.

No contexto do Estado Democrático de Direito, frustram-se as tentativas de se conceber a Constituição como um sistema absolutamente coerente, pois ela não é fruto apenas do consenso, mas também do dissenso.

Na verdade, o pluralismo constitutivo do Estado Democrático de Direito indica que os princípios jurídicos, inclusive aqueles expressamente contidos na Constituição, não precisam ser concebidos rigorosamente como harmônicos e coerentes no contexto

de sua aplicação. Muitas vezes, eles indicam diferentes projetos de vida, presentes em uma mesma sociedade, e o intérprete que pretenda realizar o tipo de justiça inerente ao Estado Democrático de Direito deve levar a sério esta divergência principiológica³⁷.

No mesmo sentido diz Esser³⁸, para quem “não existe um ‘princípio supremo’, já que todas as funções do direito podem expressar-se em princípios que, a cada vez, atuam antinomicamente”. Assim, cumprir ou aplicar o direito não é utilizar todas as normas jurídicas contemporaneamente, mas sim fazer valer aquelas que são adequadas ao contorno fático de uma situação³⁹.

A nosso ver, mesmo que ausente previsão expressa na Constituição que determine a admissão de estudantes negros por meio de cotas em universidades, estas são legítimas, pois que derivam propriamente dos princípios da dignidade da pessoa humana, apanágio do princípio da igualdade. Para dizermos com Silva Neto⁴⁰, “pode até não haver lei, mas há a Constituição”. Baseia-se a total possibilidade da inserção de cotas para negros pela interpretação pluralista e material do princípio da igualdade, bem como das normas que impedem a discriminação ilegítima. Observe-se que o caso em apreço é hipótese de discriminação (positiva) e trata-se de diferenciação, portanto, legítima, elaborada por subsistir fatos relevantes da vida a consentir a prática.

O ministro Marco Aurélio⁴¹, em palestra proferida no ano de 2001, quando então presidente do Supremo Tribunal Federal, ao tratar dos aspectos constitucionais das ações afirmativas, assim se reportou ao artigo 1º da Constituição Federal de 1988:

³⁷ GALUPPO, 2001, p. 60.

³⁸ ESSER, 1961, p. 64.

³⁹ Válidos são os direcionamentos deixados por Aristóteles, que não exige que o homem justo realize todas as virtudes contemporaneamente, mas sim que proceda em cada caso um juízo de adequabilidade, verificando qual virtude é aplicável ao caso específico, reconhecendo que a justiça exigida por um caso não o é em outro (ARISTOTE, 1994, p. 216).

⁴⁰ SILVA NETO, 2008, p. 35.

⁴¹ MELLO, 2002.

A Lei Maior é aberta com o artigo que lhe revela o alcance: constam como fundamentos da República Brasileira a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e não nos esqueçamos jamais de que os homens não são feitos para as leis; as leis é que são feitas para os homens.

Prosseguindo em sua elucidativa fala, ainda sobre o conteúdo de nossa Carta Política, disse o ministro no Seminário:

Do artigo 3º vem-nos luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, que é tratado de forma desigual. Nesse preceito são considerados como objetivos fundamentais de nossa República: primeiro, construir – prestem atenção a esse verbo – uma sociedade livre, justa e solidária; segundo, garantir o desenvolvimento nacional – novamente temos aqui o verbo a conduzir, não a uma atitude simplesmente estática, mas a uma posição ativa; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, por último, no que nos interessa, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. *Posso asseverar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos “construir”, “garantir”, “erradicar” e “promover” implicam, em si, mudança de óptica, ao denotar “ação”. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e encontramos, na Carta da República, base para fazê-lo – as mesmas oportunidades*⁴².

Vê-se, portanto, que a Constituição da República tem como objetivos uma série de ações, que implicam justamente a elaboração de políticas públicas pelo Estado para a consecução dos fins de nossa nação, claramente traçados pelo constituinte. No rol das políticas inclusivas, encontram-se as ações afirmativas, que são as mais eficazes medidas para o alcance dos mencionados objetivos.

⁴² MELLO, 2002 (destacamos).

Reportando-se ao critério do mérito, a autora da ADI argumenta que um vestibulando que concorre a uma das vagas reservadas pelo “sistema de cotas” pode obter nota menor do que um outro que disputa “vaga normal”, não privilegiada. Diz que, no entanto, este último perde para o primeiro a vaga que, por mérito, lhe seria destinada. Aduz que ao vestibulando preterido, que alcançou melhor desempenho nas provas, será difícil explicar que outro candidato, com desempenho inferior ao seu, conseguiu a vaga não por mérito, mas por força da cor de sua pele.

Se o mérito é uma derivação da democracia e característica da liberdade humana, é válido questionar que liberdade têm as pessoas que tiveram privados os seus direitos básicos como seres humanos ao longo da história? Será que suas “escolhas” são realmente livres ou flagrantemente viciadas pelas condições discriminatórias que lhes são impostas? Os negros foram e são renegados não somente por sua condição social, mas, sobretudo, por pertencerem a uma raça que foi submetida ao mais longo processo de escravidão mundial e que, ao contrário do que muitos afirmam, não foram alforriados em um clima de festa e comemoração, pois que a partir de então não tiveram nenhuma política estatal inclusiva voltadas para si, restando-lhes a margem de todo processo de “liberdade”.

A ideia de mérito defendida pela Confederação é oitocentista e parte do pressuposto da igualdade formal dos indivíduos perante a lei. Postos nesses termos, o direito ao acesso a um emprego digno, à educação, aos serviços sociais e oportunidades de consumo passam a figurar como uma questão de mérito individual, portanto, dependente do esforço pessoal, da disciplina e dedicação de cada um. Nessa perspectiva do mérito e da igualdade formal, mantém-se o tratamento

igual para aqueles que são desiguais, o que, sem dúvida, amplia as desigualdades.

As políticas de ação afirmativa e a reivindicação de uma igualdade verdadeira para grupos historicamente discriminados, como é o caso dos negros no Brasil, vêm se contrapor a esse ideário. O que se reivindica, portanto, é uma igualdade material ou substantiva, que leve em conta as discriminações sofridas por esses indivíduos ao longo da história, que os colocam em desvantagem econômica, bem como impõem sérios limites ao acesso à educação e ao emprego, na atualidade. Assim, a igualdade material, decorrente dessas políticas, tem como preocupação geral garantir, por meio de medidas distributivas, que os grupos discriminados tenham acesso a esses bens, visto que eles, ainda, sofrem no presente as consequências da discriminação e do preconceito raciais.

Em consequência, não se trata mais de uma questão apenas de mérito ou aplicação formal do princípio da igualdade perante a lei, mas de reparar injustiças históricas que, de outro modo, não poderiam ser sanadas ou amenizadas. As estatísticas têm demonstrado, a cada censo, que a população negra é a que menos tem tido acesso à educação, sobretudo à superior, e na qual se concentram os maiores índices de pobreza e miséria, quando comparada com a população branca⁴³.

Ronald Dworkin⁴⁴, magistralmente, refere-se ao mérito como critério para acesso à universidade:

A educação superior de elite é um recurso valioso e escasso, e, embora só esteja disponível para pouquíssimos alunos, é paga por toda a comunidade, mesmo no caso das universidades “particula-

⁴³ Valores como justiça, igualdade, esforço próprio (mérito), sobre os quais a maioria dos universitários respalda suas respostas opondo-se às cotas, estão sendo questionados pelas políticas de ação afirmativa. A nosso ver, trata-se de um conflito entre valores, em que o sistema de ingresso no Ensino Superior é visto por parte da sociedade – pelo movimento negro, em suas diferentes organizações representativas, por intelectuais e alguns políticos – como um sistema excludente e injusto, que deixa fora da universidade negros e pobres, tendo como justificativa o pressuposto da justiça do mérito e o princípio oitocentista da igualdade dos indivíduos perante a lei (MENIN et alii, 2008).

⁴⁴ DWORKIN, 2005, p. 569-572.

res”, que são parcialmente financiadas por verbas públicas e cujos doadores “particulares” se beneficiam das deduções tributárias. As universidades e as faculdades têm, portanto, responsabilidades públicas: devem escolher metas que beneficiem uma comunidade muito mais ampla do que seus próprios corpos docente e discente. Nossas escolas sempre almejavam ajudar a melhorar a vida da comunidade, não só protegendo e aprimorando sua cultura e sua ciência, ou aperfeiçoando a medicina, o comércio e a agricultura, mas ajudando a tornar essa vida coletiva mais justa e harmoniosa – essas estão, afinal, entre as principais aspirações de nossas escolas de direito e das escolas de administração pública e política, e devem estar entre as metas de todo o resto do meio acadêmico. [...] esperamos que as instituições de ensino contribuam para nossa saúde física e econômica, e devemos esperar que também faça o possível por nossa saúde moral e social. [...] Assim, a ação afirmativa, ao tentar realizar qualquer uma das duas metas, ou ambas, da diversidade estudantil e da justiça social, não compromete em hipótese alguma o princípio de que só se devam conceder vagas com base nas qualificações legítimas e apropriadas. Nenhum aluno tem direito a uma vaga na universidade devido a realizações passadas ou virtudes, talentos ou outras qualidades inatas: só se devem julgar os alunos pela probabilidade de contribuição que cada um deles, em combinação com outros selecionados pelos mesmos critérios, fará para as diversas metas que a instituição escolheu legitimamente. Não estou dizendo [...] que a cor negra seja em si uma virtude ou aspecto de mérito. É, não obstante, uma qualificação no sentido que venho descrevendo.

Desta feita, não se trata de excluir o mérito auferido pelos exames vestibulares, mas sim combiná-lo com outros critérios que farão com que os objetivos das universidades (principalmente o de distribuir equitativamente oportunidades na sociedade) sejam alcançados. Note-se que ninguém é aceito ou excluído da academia somente em razão da raça, mas esta passa a ser um fator importante durante dado momento, a fim de que se dissolvam justamente os motivos que a tornaram relevantes.

Sobre o desrespeito ao princípio da proporcionalidade, a Confederação pleiteia seja declarado inadequado, desnecessário e desproporcional o sistema de reserva de vagas implementado pelo Estado do Rio de Janeiro em suas universidades. Isso porque, segundo seu entendimento, mesmo que pudessem ser admitidas as cotas por nossa Constituição, o que julga não o ser, ainda assim teria faltado bom senso do legislador fluminense em relação aos percentuais de vagas previamente reservadas.

Relativamente ao percentual de vagas reservadas para os candidatos que se autodeclararam negros, a autora considera totalmente desproporcional a fixação de 20% das vagas a este público, pois, segundo os dados que citou do IBGE, os “negros” ou “pretos” representariam apenas 6,1% da nossa população e 7% da população pobre, vindo as cotas no patamar em que são estabelecidas a sobrerrepresentar a população negra.

Nesse ponto, há que se considerar a evidente distorção na interpretação dos dados estatísticos relativos aos negros no Brasil, haja vista ser tal categoria de cor composta pelos que se declaram “pretos” e “pardos”, conforme a classificação do IBGE.

Nossa preocupação perpassa não por uma suposta “sobrerrepresentação” neste percentual (que varia entre cada universidade que vem adotando o sistema de cotas para negros), que entendemos não existir, mas sim pela falta de uma adequada estrutura nas próprias universidades para receberem os alunos cotistas, que, por sua condição social, necessitarão de programas de bolsa para que não lhes seja garantido apenas o ingresso aos bancos universitários, mas, sobretudo, a sua permanência em condições dignas.

Dworkin diz que, se existe algo de errado com as classificações raciais, deve ser algo que está errado com as classificações raciais enquanto tais e não apenas com aquelas que funcionam contra aqueles grupos que atualmente estão nas graças dos liberais. O argumento de que a política de cotas vai de encontro aos direitos individuais constitucionalmente garantidos àqueles que não preenchem os requisitos estabelecidos para adentrarem no ensino superior como cotistas, o que

a tornaria repugnante, não desautoriza a implementação das cotas, isso porque se tais testes são repugnantes, só pode ser por motivos que tornam ainda mais repugnantes as realidades sociais subjacentes que os programas atacam⁴⁵.

A discriminação racial expressa desprezo, e é profundamente injusto e prejudicial ser condenado pelas características naturais; a discriminação racial é, sobretudo, destruidora da vida de suas vítimas – não lhes rouba uma ou outra oportunidade que esteja acessível a outrem, mas os prejudica em quase todas as perspectivas e esperanças que possam imaginar. Em uma sociedade racista, as pessoas são de fato rejeitadas pelo que são, e é, portanto, natural que as classificações raciais sejam encaradas como capazes de infligir um tipo de dano especial. Seria, contudo, cruel desaprovar o uso de tais classificações para combater o racismo, que é a verdadeira e constante causa de tais danos. O caráter psicológico especial da raça não é um fato fixo ao qual as políticas devam sempre respeitar. É um produto e sinal do racismo, e não se deve permitir que proteja o racismo que o gerou⁴⁶.

As cotas para negros em condição social precária são a maneira de se garantir, a curto e médio prazos, a inclusão de jovens desfavorecidos nas universidades. Trata-se do meio mais eficiente de aumentar o percentual de alunos negros de baixa renda nos bancos acadêmicos e, por sua vez, fazer com que a comunidade universitária tenha a real face do povo brasileiro.

Argumenta-se, ainda, que não obstante a plausibilidade da eficácia das cotas, persiste o fato de elas violarem o direito fundamental à igualdade daqueles que são privados de concorrer ao total das vagas nos cursos em que pretendem ingressar na universidade. Parece-nos que a justiça racial (e, portanto, social) agora é uma necessidade especial e não há que se impedir que sejam usadas as medidas mais eficazes para assegurar essa justiça.

As classificações raciais contidas nas políticas de cotas das universidades não são suspeitas, pois não colocam em desvantagem

⁴⁵ DWORKIN, 2000, p. 440.

⁴⁶ DWORKIN, 2005, p. 577.

uma minoria, mas sim servem a objetivos sociais úteis e importantes, sendo intimamente ligadas à consecução de tais objetivos. Como esclarece Dworkin, os programas não se baseiam na ideia de que os que recebem auxílio têm direito a ele, mas apenas na hipótese estratégica de que ajudá-los agora é uma maneira eficaz de atacar um problema nacional.

Entendemos, portanto, que nenhum dos argumentos expendidos na peça inaugural da ADI é suficiente para desconstruir as justificativas em que se pautam as ações afirmativas na modalidade de cotas para acesso da população negra à universidade. Com relação especificamente ao objeto de nosso estudo, não há que se falar em inconstitucionalidade, mas, pelo contrário, em um dever do Estado decorrente da própria Carta Magna.

No decorrer do julgamento da ADI, mesmo que porventura sejam detectados erros formais na lei impugnada, capazes de impor o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, certamente espera-se um posicionamento do Supremo em relação à controvérsia das cotas posta *sub judice*. No dizer do ministro Marco Aurélio, “só teremos a supremacia da Carta quando, à luz dessa mesma Carta, implementarmos a igualdade. A ação afirmativa evidencia o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica”⁴⁷.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade está em vias de ser julgada pelo Supremo. O processo, até a data de conclusão deste trabalho, encontra-se aguardando retorno ao STF com o parecer do Procurador-Geral da República. Seguramente, a sociedade brasileira necessita de uma resposta de nossa mais alta Corte que reflita realmente a justiça para que sejam dirimidas quaisquer dúvidas em relação às cotas para negros nas universidades brasileiras.

Esta é mais uma oportunidade posta à nossa nação de, passados vinte anos da promulgação da Constituição Cidadã, demonstrarmos que, apesar de ainda existirem inúmeras injustiças a serem corrigidas, estamos caminhando para tentar minimizá-las no presente. O fato de simplesmente haver a judicialização de questões relevantes do ponto de vista social evidencia o amadurecimento de nosso país, mas

⁴⁷ MELLO, 2002.

precisamos entender que dirimir questões como as cotas para negros em universidades envolve valores, como discriminação, dignidade, liberdade, solidariedade, e precisa, portanto, de um olhar para além do texto constitucional.

O Poder Judiciário certamente desempenhará seu papel de “guardião da Constituição” e nós, o povo, precisamos nos despir de preconceitos e buscarmos informações a fim de nos fazermos incluir em tal debate que só faz sentido se participarmos, afinal, as consequências (sem dúvida positivas) previstas para o futuro, a partir de uma sociedade mais igual, serão por todos nós compartilhadas.

Conclusão

Constatou-se que, no decorrer dos tempos, o princípio da igualdade sofreu substanciais modificações. No Estado liberal burguês, a lei era estática e restava tão somente sua aplicação a todos os casos de maneira igual. Sob tal concepção inicial, bastava a previsão da igualdade no bojo das Constituições para se tê-la como efetiva.

Observa-se que a igualdade formal não foi suficiente para garantir direitos em face das discriminações existentes na sociedade. Necessitou-se, então, repensar a igualdade, vindo esta a exigir uma postura ativa do Estado para se sensibilizar com as diferenças no momento de estabelecer os limites da isonomia.

Verificou-se que a discriminação racial é um desvio que compromete o livre exercício dos direitos daqueles que são vítimas do preconceito e macula a dignidade da pessoa, princípio inerente a todo ser humano.

Assim, para que se garanta a própria dignidade, surgem as ações afirmativas voltadas à população negra, que constituem o momento em que o Estado deixa de apenas observar as mazelas sociais para assumir uma postura positiva em relação aos grupos marginalizados, por meio de políticas de inclusão.

Patente restou que a adoção de ações afirmativas no Brasil, concernentes em incluir os negros, encontra óbice na negativa do brasileiro em reconhecer uma desigualdade que se esconde sob o “mito da democracia racial”.

Como uma das modalidades de ações afirmativas, tem-se a política de cotas, que é um meio hábil a garantir as oportunidades aos que se encontram excluídos. Fundam-se, primordialmente, em uma filosofia distributiva, em que se pretende permitir o acesso ao bem escasso da educação aos negros, no caso das cotas raciais para admissão em universidades.

Analisando-se a importância do ensino superior para a garantia de melhores colocações no mercado de trabalho que exige educação formal, bem como tendo por pano de fundo a realidade de uma substancial minoria de negros sentados nos bancos universitários brasileiros em razão de discriminação racial e social, iniciou-se a justificativa para a adoção das políticas de cotas.

Vimos que o Brasil tem o dever para com seus cidadãos de lhes fornecer acesso ao estudo em iguais condições e, no caso dos negros, as cotas são pertinentes para tal. Ressaltou-se, entretanto, que tais políticas não prescindem de controle estatal e este é feito por meio da limitação da aplicação das cotas baseada em um tripé: justiça, adequação e eficácia.

No sentido do pensamento de Ronald Dworkin, evidente ficou que não há violação ao princípio da igualdade quando se implementa cotas visando à igualdade material e à dignidade humana, pois se trata de uma questão de distribuir justiça. As discussões em torno das políticas de cotas são recentes e mesmo que não se tenham garantidos os resultados esperados, nada justifica sua não utilização feita com as cautelas apontadas.

Em breve, teremos um posicionamento decisivo no rumo das políticas afirmativas de cotas em universidades: o julgamento da ADI n. 3.197 pelo Supremo Tribunal Federal. Nosso modelo constitucional delegou ao Poder Judiciário a missão de, em última instância, declarar o que vai ou não ao encontro dos objetivos de nossa República consagrados nos princípios da Constituição Federal.

A discussão ora posta a respeito das cotas envolve direitos fundamentais e, como todas as questões desse tipo, está muito além de uma controvérsia simplesmente jurídica, mas envolve também valores e emoções presentes em nossa sociedade. É que decidir sobre as cotas

implicará dizer se uma grandiosa parcela de nosso povo, os negros de baixa renda, terá condições mínimas de acesso ao bem precioso da educação.

O Supremo tem demonstrado equilíbrio ao ponderar os valores que envolvem os direitos fundamentais, interpretando a Constituição racionalmente, sem, entretanto, esquecer o “sentir” que deve estar à frente de toda e qualquer decisão judicial. Nesse caso, o sentimento daquele Tribunal incidirá sobre as vidas dos excluídos, até então sem esperança e que têm nas políticas de cotas uma oportunidade verdadeira.

As consequências da posição do Supremo Tribunal Federal não estão adstritas àqueles que prestarão exame vestibular, mas se espalham por toda sociedade. O reconhecimento da legitimidade das políticas de ações afirmativas representará um grande avanço nas políticas inclusivas em nosso país e demonstrará que efetivamente nos preocupamos em tornar a raça relevante por um certo período até que cheguemos a um dia em que isso não se fará mais necessário, simplesmente porque teremos então conseguido distribuir de maneira mais justa os direitos.

Referências

ARISTOTE. *Éthique a Nicomaque*. Paris: J. Vrin, 1994.

AYDOS, Marco. Preconceito, discriminação e ressurreição social do negro no Brasil. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano 4, n. 15, p. 57-100, abr./jun. 2005.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação afirmativa e os princípios do direito: a questão das quotas raciais para o ingresso no ensino superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BOLETIM de Políticas Sociais: acompanhamento e análise. Brasília: IPEA, n. 15, mar. 2008.

BRANDÃO, Carlos da Fonseca. *As cotas da universidade pública brasileira: será esse o caminho?* Campinas: Autores Associados, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.197. Relator: Ministro Menezes Direito. Brasília, autuada em 3 de maio de 2004.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Discriminação no trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. *Trabalho decente*. São Paulo: LTr, 2004.

_____. Ações afirmativas: fundamentos e critérios para sua utilização. *Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará*, Belém, v. 50, n. 98, p. 7-16, 2006.

CITADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. Os problemas fundamentais da sociedade brasileira e os direitos humanos. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, São Paulo: Brasiliense, n. 51, 1989.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

FERES JUNIOR, João. *Comparando justificações das políticas de ação afirmativa: EUA e Brasil*. Disponível em: <http://www.ache-gas.net/numero/30/joao_feres_30.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2008.

GAL, José Carlos. *Linhas mestras da Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001a.

_____. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, v. 9, p. 1133-1164, 2001b.

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

KLAUTAU FILHO, Paulo de Tarso Dias. *Igualdade e liberdade*: Ronald Dworkin e a concepção contemporânea de direitos humanos. Belém: CESUPA, 2004.

MANCUSO, Hugo R. *Metodología de la investigación en ciencias sociales*: lineamientos teóricos y prácticas de semioepistemología. Buenos Aires: Paidós, 2006.

MARTINS, Roberto Borges. *Desigualdades raciais e políticas de inclusão racial*: um sumário da experiência brasileira recente. Santiago do Chile: Organização das Nações Unidas, 2004.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Ótica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. In: SEMINÁRIO DISCRIMINAÇÃO E SISTEMA LEGAL BRASILEIRO, 2001, Brasília. *Discriminação e sistema legal brasileiro*, Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2001.

MENIN, Maria Suzana de Stefano et al. Representações de estudantes universitários sobre alunos cotistas: confronto de valores. *Educação e Pesquisa*, São Paulo, v. 34, n. 2, p. 255-272, maio/ago. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_

arttext&tpid=S1517-97022008000200004&lng=&nrm=iso>. Acesso em: 3 set. 2008.

MIRANDA, Jorge. *Democracia com mais cidadania*: a questão da igualdade na participação política. Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998.

NUNES, Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

RAPOSO, Vera Lúcia. Os limites da igualdade: um enigma a desvendar. In: PENIDO, Laís de Oliveira (Coord.). *A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006.

RIO DE JANEIRO (Estado). *Lei Estadual n. 4.151*, de 4 de setembro de 2003.

RUIZ, Marta V. de. *Manual de la constitución nacional*: sistemas políticos y constitucionales contemporáneos. Buenos Aires: Helias-ta, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação positiva*: ações afirmativas na realidade brasileira. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

Silva Neto, Manoel Jorge e. Discriminação racial nas relações de trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho em Santa Catarina*, Florianópolis, PRT/12ª Região, n. 1, p. 29-42, jul. 2008.



POLÍTICA DE COTAS: PARÂMETROS PARA MITIGAÇÃO
CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DA
IGUALDADE FORMAL

Siddharta Legale Ferreira
3º Lugar na Categoria Estudantes de Graduação

Sumário

- 1 - Aspectos gerais
- 2 - A construção jurídica da igualdade racial brasileira
- 3 - As ações afirmativas sob uma perspectiva histórica
- 4 - Críticas e contra-argumentos às cotas étnicas
- 5 - Casos concretos envolvendo a política de reserva étnica de vagas
- 6 - Parâmetros para formulação e controle judicial das políticas de cotas
 - 6.1 - *Parâmetros para determinação do(a) grupo/minoria*
 - 6.2 - *Parâmetros para via de implementação das cotas*
 - 6.3 - *Parâmetros para determinação do percentual a ser adotado*
- 7 - Apontamentos finais
- Referências

1 - Aspectos gerais

A política de reserva de vagas nas escolas e universidades públicas, conhecida popularmente como “cotas”, será estudada com atenção especial às destinadas para negros e pardos. Considerado esse enfoque, foram elaborados parâmetros para a mitigação constitucionalmente adequada da igualdade formal, com objetivo de concretizar a igualdade material em harmonia aos demais valores constitucionais. Antes disso, algumas noções preliminares serão abordadas.

As cotas são uma espécie de ação afirmativa que transformou a visão da igualdade. Antes de sua implementação, a igualdade era enxergada preponderantemente em sua dimensão formal¹. Com seu advento, ficou evidente a necessidade de mudar tanto as desigualdades sociais entre negros e brancos (políticas de distribuição), quanto o olhar da sociedade sobre a cultura afro-brasileira (políticas de reconhecimento). Não há mitigação da isonomia, mas sim releitura².

Entender exatamente o que essa releitura representa pressupõe o conhecimento da construção jurídica da igualdade racial brasileira e do histórico das ações afirmativas no Brasil. Percebe-se, com o decurso do tempo, a passagem de uma desigualdade racial para uma igualdade formal e dessa para uma busca da igualdade material. O histórico das ações afirmativas revela como se chegou a essa concepção de igualdade material. Noções preliminares são importantes, tais como o conceito de ação afirmativa, sua justificativa teórica e as críticas a tal opção.

¹ No mundo, antes da década de 1960, o Direito Constitucional acanhava-se em sua concepção meramente formal do princípio denominado isonomia, despojado de instrumentos de promoção da igualdade. Na década de 1960, os Estados Unidos começaram a exigir que a competição ocorre em igualdade de condições, razão pela qual as *affirmative action* foram instituídas. Vide ROCHA, 1996, p. 86-87.

² TRF1-Quinta Turma, DJU 10 ago. 2006, AC 2006.33.00.002978-0/BA, Relatora Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida: [...] 4. A exigência do mérito não é suprimida com a adoção do sistema de cotas, alterando-se, tão-somente, os critérios de julgamento de determinados grupos de candidatos, buscando ofertar a possibilidade de acesso aos níveis mais altos do ensino a todos, mitigando as dificuldades daqueles que historicamente estiveram alijados do processo educacional acadêmico por razões de natureza econômica e social.

As ações afirmativas almejam evitar o isolamento das minorias ou a diminuição social de seus direitos e interesses³. O termo minoria não deve ser tomado de modo quantitativo. De forma mais precisa, as ações afirmativas consistem em um conjunto de ações públicas ou privadas com intuito de combater a discriminação racial, de gênero ou de origem nacional. Podem ser compulsórias, facultativas ou voluntárias, mas possuem o objetivo de minimizar a discriminação racial, de gênero e de origem, seja do presente, seja do passado. Envolve ações concretas para distribuição justa de acesso a bens, como a educação e o emprego⁴.

A construção dessa idéia de igualdade racial vem sendo aprimorada gradativamente. Nos tópicos subseqüentes, a problemática da política de cotas e a releitura da isonomia serão estudadas a partir do seguinte roteiro: A construção jurídica da igualdade racial brasileira; As ações afirmativas sob uma perspectiva histórica; Críticas e contra-argumentos às cotas étnicas; Casos concretos envolvendo a política de reserva étnica de vagas; Parâmetros para formulação e controle judicial das políticas de cotas.

2 - A construção jurídica da igualdade racial brasileira⁵

No princípio, imperava a desigualdade ou, no máximo, a igualdade formal, normalmente enxergada por meio da expressão “igualdade perante a lei”. A conquista da igualdade formal foi – e ainda é – lenta e custosa. A igualdade material apresentou – e continua apresentando – desafios ainda maiores. De um para o outro paradigma, o maior símbolo situa-se nas políticas de ação afirmativa, notadamente nas cotas nas universidades.

³ ROCHA, 1996, p. 88.

⁴ GOMES, 2001, p. 39-41.

⁵ O presente tópico recebeu o nome e parte expressiva do conteúdo, com diversos acréscimos e desvios, do capítulo 4, intitulado “A construção da igualdade racial brasileira”, da excelente tese de doutorado de CESAR, Raquel Coelho Lenz. *Ação afirmativa no Brasil: é o melhor caminho de acesso à justiça para as minorias raciais?*, 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2005. Mimeo.

A Constituição de 1824 diferenciava os cidadãos segundo seus “talentos e virtudes”, a começar pela propriedade. O art. 179, XIII, previa que “A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”. Manifestou-se aí a “insinceridade normativa”⁶, pois havia privilégios, por exemplo, o escravo não era considerado pessoa juridicamente capaz⁷.

Somente no Segundo Reinado, a campanha contra a escravidão se intensificou por meio do movimento conhecido como abolicionismo. Denunciavam os custos da escravidão que, além de amesquinhar o crescimento econômico, corrompeu brancos e negros⁸. No Rio de Janeiro, Joaquim Nabuco e José do Patrocínio fundaram a Sociedade Brasileira contra a Escravidão e o Jornal “O Abolicionista”. Em Recife, os alunos de Direito, como Castro Alves e Rui Barbosa, fundaram uma associação abolicionista. Em São Paulo, presenciou-se o trabalho do ex-escravo e advogado, Luís Gama, na libertação de mais de 1.000 escravos⁹.

Como a Constituição de 1824 não estabelecia nenhum preceito explícito contra a discriminação, houve movimentos antagônicos. Foram editadas leis que proibiam o direito à instrução pública para os escravos africanos, ainda que livres ou libertos. Por outro lado, constatava-se presença de negros nas classes sociais elevadas e em posições social de destaque, como Henrique Dias, o Conselheiro Rebouças, Luís Gama, José do Patrocínio, Machado de Assis e outros¹⁰.

As primeiras medidas legais vigoraram em um lento processo abolicionista. Embora a Lei de 7 de novembro de 1831 já tivesse proibido a importação de escravos, tornando-os livres, o processo acelerou-se após o *Bill of Aberdeen* – lei promulgada em 1845 pela Inglaterra, que proibia o comércio de escravos. Em razão das pressões inglesas, o Brasil aprovou a Lei Eusébio de Queirós em 1850, extinguindo o tráfico negreiro intercontinental.

⁶ Deslocamos a expressão de contexto, que originalmente pertence a BARROSO, 2006, p. 59.

⁷ NABUCO, 2000, p. 35.

⁸ Id., *ibid.*, p. 1.

⁹ Dados extraídos de <www.wikipedia.org>. Disponível em:<http://pt.wikipedia.org/wiki/Luís_Gama>.

¹⁰ KAUFMANN, 2007, p. 212.

A Guerra do Paraguai gerou a promessa de alforriar os escravos que lutassem nela¹¹. O Decreto de 6 de novembro de 1866 já havia previsto a liberdade gratuita aos escravos que servissem o Exército, estendendo o benefício às suas mulheres¹².

Em 28 de setembro de 1871, a Lei n. 2.040, conhecida como Lei do Ventre Livre, libertou as crianças nascidas a partir dela. Previu que o senhor poderia exigir uma apólice de 600\$00 “pela criança que não deixou morrer”¹³. A indenização era difícil de ser cumprida e crianças acabaram sem as mães nem o apoio do Estado¹⁴.

Em 1885, a Lei n. 3.270, conhecida como Lei dos Sexagenários, libertou os escravos idosos, em geral sem condições de continuar trabalhando. A produtividade era questionada, deixando-os à mercê dos seus donos que, em tese, tinham a obrigação legal de alimentá-los e vesti-los. Difícil é acreditar que fosse respeitada.

Em 13 de maio de 1888, a Lei n. 3.353, a Lei Áurea, libertou todos os escravos, sem uma política de inserção social.

A Constituição de 1891, no art. 72, § 2º, instituiu que todos eram iguais perante a lei, uma igualdade formal. A República então promulgada não admitiria privilégios de nascimento, desconheceria foros de nobreza e extinguiria regalias decorrentes títulos nobiliárquicos e de conselho. Mas continuou não oferecendo as condições materiais para que o negro fosse efetivamente igual¹⁵. A abolição da escravidão acabou garantindo um excedente de mão de obra¹⁶.

Fernando Henrique Cardoso explica que à falta de oportunidades reais soma-se a ideologia que encobriu as discriminações. Nas palavras do ex-presidente:

¹¹ Vide “compromisso nacional”, registrado na Fala do Trono de 1867.

¹² NABUCO, 2000, p. 42 e ss.

¹³ Id., *ibid.*, p. 51.

¹⁴ Id., *ibid.*, p. 85.

¹⁵ Florestan Fernandes (1978, p. 250) retrata a situação do negro no primeiro período republicano, mostrando que a sua inclusão na economia formal era tão importante quanto a abolição. Afirma que, após a abolição da escravidão, não houve um sentimento de inquietação ou de ódio por parte dos brancos. Explica que “Por paradoxal que pareça, foi a omissão do branco – e não a ação – que redundou na perpetuação do *status quo ante*”.

¹⁶ CARDOSO, 1997, p. 252.

Por isso os negros acabaram aceitando a representação que os brancos faziam deles e a legitimidade da ideologia da “sociedade sem preconceitos” que lhes foi imposta. Não era o branco que era arrogante, mas o negro que era humilde; não havia falta de oportunidades para o negro trabalhar, o negro que era tímido ou vagabundo; não era o branco que evitava socialmente o negro, era o homem instruído que não podia conviver com o negro boçal; e assim por diante. O grande espoliado transformava-se no responsável pelo “estado de acabrunhamento” [...]¹⁷.

Dessa visão social do negro, germinou o mito da “democracia racial”. A abolição e a República não impediram a reelaboração das antigas formas de conceber as relações raciais¹⁸. A idéia de democracia racial isentou o branco da responsabilidade social em relação ao negro, disseminando a idéia equivocada de que os negros não enfrentavam problemas, de que o povo brasileiro ignora/desconhece distinções de classe e a oportunidade estaria aberta a todos¹⁹.

Basta observar os fatos atentamente. A limitação imposta aos mendigos e analfabetos de alistarem-se acabava afetando intensamente a população afro-brasileira (art. 70, §1º). Soma-se a isso, o crime de vadiagem, que, em seu subjetivismo, atingia os ex-escravos, estimulando o preconceito social.

As dificuldades de inserção dos negros na sociedade persistiram. Estranhamente, Rui Barbosa defendeu a queima dos documentos referentes à escravidão²⁰. A justificativa de que a história deveria ser comum a todos prejudicou as pesquisas posteriores. A falta de dados dificulta as críticas acerca dos fatos.

Outro problema relaciona-se à discriminação racial. A doutrina da eugenia defendia uma sociedade racialmente superior a ser atingida pelo “clareamento da raça”. Estimulavam-se então políticas de imi-

¹⁷ CARDOSO, 1997, p. 256.

¹⁸ FERNANDES, 1978, p. 254.

¹⁹ Id., *ibid.*, p. 255-256.

²⁰ Rui Barbosa, quando exercia a função de vice-chefe do Governo Provisório e Ministro da Fazenda, emitiu o Decreto de 14.12.1890 para queima de todos os documentos referentes à escravidão, que foi cumprido na gestão de Tristão Alencar Araripe, sucessor de Rui no Ministério da Fazenda.

gração européia, ao mesmo tempo em que eram adotados de valores eurocêntricos por parte da elite nacional.

A industrialização que chegara ao Brasil, denunciando a sua incompatibilidade com o regime escravocrata, dessa vez, cobrava um novo modelo de direitos que influenciasse diretamente o plano socioeconômico. Influenciada pelas Constituições de Weimar de 1919, da Áustria (1920), do México (1923), da Espanha (1931), a Constituição do Brasil de 1934 não só dedicou um título à Ordem Econômica e Social, como também ampliou os direitos fundamentais e garantias individuais, inclusive em relação à igualdade, propondo um Estado intervencionista para efetivá-la. Não se percebia ainda a igualdade por meio das políticas de reconhecimento.

A Constituição de 1934, em seu art. 113, 1, previa que “Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, crenças religiosas ou idéias políticas”. Na prática, contudo, existiam políticas públicas como a da política de eugenia, incredivelmente insculpida no art. 138, b, da Constituição. Na época, falava-se no objetivo de “purificar” a raça brasileira que, além de “escura e pobre”, era considerada sem a higiene dos padrões europeus. Estimulou-se, com base em preconceitos, à imigração de europeus mediante incentivos sociais.

A Constituição de 1937 assegurou aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: “I. Todos são iguais perante a lei”. Apesar de lacônica, a Constituição de 1937 traz alguma preocupação com a igualdade.

A refutação das teses sobre eugenia só começaria a mudar com a década de 1930, especialmente após a edição do livro *Casa-grande e senzala*, de Gilberto Freyre²¹. O autor retrata os paradoxos e antagonismos sociais nos quais os negros brasileiros encontram-se imersos. Antagonismos que não são superados, mas perduram²². Por exemplo,

²¹ FREYRE, 2005.

²² CARDOSO, Fernando Henrique. Um livro perene (Prefácio à edição comemorativa). In: FREYRE, 2005, p. 23.

a jovem negra que se miscigena com o “sinhozinho” por desejo é a mesma violentada para atender impulsos sexuais do homem branco. Se, por um lado, Freyre contribuiu para amenizar a visão racista predominante, ao retratar a contribuição do negro para cultura nacional, culinária e formação do povo brasileiro, por outro lado, pôs em segundo plano os desafios da integração social do negro.

Não se espera do precursor uma contestação exaustiva desse dificultoso processo de integração do negro. Comete uma leitura míope e simplista de Gilberto Freyre quem equivocadamente o trata *tout court* como o criador da idéia de democracia racial, segundo a qual as relações raciais no Brasil seriam menos opressivas do que em outros países e que, por isso, o autor teria desenhado tão-somente um mito. Em verdade, Freyre jamais utilizou o termo no seu clássico *Casa-grande e senzala*²³. Mesmo assim, é possível reler o conceito “pseudofreyreano”: não correspondendo à realidade, ele pode servir de ideal para que possamos alcançá-lo ou como instrumento para coibir preconceitos e discriminações²⁴.

A Constituição de 1946 passou a enfrentar a igualdade racial, embora seu significado fosse impreciso. O art. 141, §1º, instituía apenas que “todos são iguais perante a lei”. O principal avanço na proteção contra a discriminação individual da época decorreu da Lei Afonso Arinos, Lei n. 1.390, de 3 de julho de 1951. A lei considerava os atos de racismo tão-somente como contravenções penais. As punições eram irrisórias multas pagas pelo agressor.

A Constituição de 1967 vigorou durante o período de repressão às instituições democráticas do país. Influenciada pelos movimentos negros norte-americanos, o movimento negro brasileiro começou a se organizar. O art. 150, § 1º, resulta daí: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credos religiosos e convicções políticas. O preconceito racial será punido por lei”.

²³ Em sentido contrário, Daniel Sarmiento descreve equivocadamente a obra como a responsável por dominar o pensamento brasileiro com o mito da democracia racial. Vide SARMENTO, 2006. De forma mais precisa, vide KAMEL, 2006, p. 14.

²⁴ Em sentido semelhante, Roberta Fragoso defende que o mito da democracia racial serviu em alguma medida para inibir, no Brasil, manifestações ostensivas de preconceito e discriminação contra os negros. Vide KAUFMANN, 2007, p. 207-258.

Até a Constituição democrática de 1988, era tímido o reconhecimento normativo das diferenças que se projetassem na cultura e na realidade social, econômica e política da população negra do país. O arranjo normativo da Constituição de 1988 mostrou-se intensamente preocupado em construir uma sociedade justa, erradicar a pobreza, marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todas sem preconceitos de origem, raça e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I, III, IV). Para as relações internacionais, previu a prevalência dos direitos humanos e o repúdio ao racismo (art. 4º, II e VIII)²⁵.

A igualdade perante a lei continuou prevista de forma genérica no *caput* do art. 5º. Pela primeira vez, o racismo torna-se crime de caráter inafiançável e imprescritível (art. 5º, XLII e LXI). Qualquer diferença de salários, de exercício de funções e do critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil foi proibida, ao mesmo tempo em que a admissão do trabalhador portador de deficiência e da mulher foi resguardada (art. 7º, XX, XXX e XXXI). Por fim, protegeu a cultura popular, indígena e afro-brasileira (art. 215, §1º). Note-se que a maior parte dos verbos utilizados nesses artigos – “erradicar”, “reduzir”, “promover”, “proteger” – demandam um comportamento ativo para promover a igualdade²⁶.

Definida a discriminação racial como crime inafiançável e imprescritível pela Constituição de 1988, outras leis foram promulgadas, como a Lei n. 8.081, de 21 de setembro de 1990, e a Lei n. 8.882, de 3 de junho de 1994, visando corrigir essa situação por meio da alteração dos arts. 1º e 20 da Lei n. 7.437, de 1985. A expressão

²⁵ Nas relações internacionais, o Brasil rege-se conforme o art. 4º da Constituição Federal de 1988, pela prevalência dos direitos humanos (II), e do repúdio ao terrorismo e ao racismo (VIII), entre outros princípios. No combate à discriminação racial, o Brasil ratificou pelo menos três tratados internacionais: (a) a *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, promulgada pelo Decreto n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969; (b) a *Convenção 111, Concernente à Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão*, promulgada pelo Decreto n. 62.150, de 19 de janeiro de 1968; e (c) a *Convenção relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino*, promulgada pelo Decreto n. 63.223, de 6 de setembro de 1968.

²⁶ ROCHA, 1996, p. 92-93.

prevista no art. 20 da Lei n. 7.716/1989, com a redação dada pela Lei n. 8.081/1990.

O Supremo Tribunal Federal possui interessante julgado a respeito: o caso *Ellwanger*. Um editor do Rio Grande do Sul que publicava livros de teor antissemita, processado pelo crime de racismo, afirmou que judeu não era raça e, portanto, não teria cometido crime algum. O STF, contudo, entendeu que, de fato, só existe uma “raça” – a espécie humana –, do ponto de vista biológico. No entanto, o crime de racismo protege judeus, negros, índios, ciganos ou outros grupos sociais contra preconceitos e discriminações devido a traços étnicos²⁷.

O pensamento jurídico também amadureceu em relação à dimensão substancial da igualdade. Ao lado das políticas de redistribuição, a igualdade foi depurada por meio das reflexões acerca das políticas de reconhecimento²⁸, ainda que não sejam comumente pensadas com unidade²⁹. A desigualdade social entre brancos e negros começou a ser contestada pelas políticas de ação afirmativa³⁰. A igualdade entre homossexuais e heterossexuais também foi defendida por intermédio da união civil e do casamento entre pessoas do mesmo sexo³¹.

No caso dos afro-brasileiros, embora não haja uma definição constitucional explícita de ação afirmativa ou cotas étnicas para negros, é evidente a preocupação do constituinte com a igualdade material. Essa dimensão material da igualdade legitima tanto o implemento de políticas públicas redistributivas, ou seja, aquelas que visam reduzir as desigualdades econômicas, quanto políticas de reconhecimento, cujo objetivo principal é proteger identidades culturais e certos grupos³².

²⁷ STF, *DJU* de 29 mar. 2004, HC 84.424, Relator Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão Maurício Corrêa.

²⁸ Sobre as políticas de reconhecimento vide FRASER, 2008, p. 169.

²⁹ Uma excelente coletânea reúne uma série de artigos que investigam a proteção da mulher, do negro, do índio e do estrangeiro, dando unidade às políticas de reconhecimento e distribuição, até então apresentadas normalmente de forma dispersa. Vide SARMENTO, 2008.

³⁰ GOMES, 1999 e 2001; BRANCO, 2003, p. 131.

³¹ BARROSO, 2008, p. 661 e ss.; SARMENTO, 2008, p. 619 e ss.

³² GOMES, 2001, p. 61 e ss.

Nancy Fraser explica a contraposição entre políticas de redistribuição e de reconhecimento como uma falsa antítese. Entende que uma não exclui a outra, mas os dois conceitos se complementam. Enquanto as políticas de

Sem dúvida, a política de cotas evidenciou a necessidade de reduzir o fosso econômico, político, social e cultural entre brancos e negros.

Não basta, contudo, reconhecer sua legitimidade constitucional para permitir sua efetivação de forma desregrada. A Constituição de 1988 é um sistema que abriga outros valores e princípios. A formulação adequada dessas políticas voltadas à promoção da igualdade material passa pela formulação de parâmetros (*standards*) que harmonizem seu complexo entrelaçamento normativo. Para formular tais parâmetros, não basta conhecer a dogmática constitucional. É preciso investigar a realidade brasileira e as propostas existentes no Brasil contemporâneo. Estudaremos, por isso, o histórico das ações afirmativas e, em seguida, casos concretos extraídos das experiências universitárias das cinco regiões. Do contraste entre norma e realidade, espera-se obter os parâmetros para uma mitigação constitucionalmente adequada da igualdade formal.

3 - As ações afirmativas sob uma perspectiva histórica

A difusão do conceito de ação afirmativa é recente. Tornou-se evidente a partir da instituição da reserva de vagas para determinadas etnias nas universidades, especialmente para os afrodescendentes. Antes da Constituição de 1988, não se pode afirmar a existência efetiva propriamente de ações afirmativas, nos moldes como ela é pensada hoje.

redistribuição pensam a igualdade mais próxima de noções marxistas como a de classe social, que criticam as injustiças socioeconômicas e propõem a resolução dos problemas sociais por meio de mudanças na economia política, as políticas de reconhecimento inspiram-se mais em noções weberianas, criticam as injustiças de gênero, sexuais ou raciais e contestam as identidades depreciadas injustamente, em geral, de feministas, homossexuais e negros e, por fim, propõem uma transformação cultural. Vide FRASER, 2008, p. 167-189.

A desigualdade econômica e social pode acabar gerando problemas de reconhecimento. Alguns autores explicam, por exemplo, que disparidades sociais maciças geram situações desvantajosas para um grupo, tornam a sociedade hierarquizada onde esses grupos não gozam de cidadania plena e não são reconhecidos totalmente em seus direitos. A discriminação germina. Resultado: afrouxam-se os laços sociais e subverte-se o Estado de direito, devido aos privilégios dos grupos mais favorecidos e a invisibilidade à violação dos direitos e interesses dos grupos mais frágeis. Vide VIEIRA, 2008, p. 212.

Em 27 de maio de 1968, foi ratificada a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. A Convenção favorece a adoção de políticas de ação afirmativa e traz uma definição para elas, porque, no seu art. 4º, prevê que não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos que necessitam da proteção.

Nos anos 1980, o deputado federal Abdias Nascimento, por exemplo, elaborou vários projetos de lei, visando à implementação da igualdade racial. O Projeto de Lei n. 1.332/1983 previa a obrigatoriedade de cotas de 20% para homens negros e 20% para mulheres negras em todos os órgãos da administração pública direta e indireta nos três níveis da federação, bem como a obrigação da mesma porcentagem para empresas privadas. O projeto não foi aprovado.

As políticas de ação afirmativa receberam importante estímulo entre 1995 a 2003. Provavelmente, as preocupações do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, quando era apenas professor e sociólogo, se refletiram na formulação de políticas públicas contra a discriminação contra o negro. Houve, paralelamente, um esforço internacional contra o racismo e a discriminação que repercutiu no Brasil³³.

No primeiro ano de seu mandato, em 1995, o presidente editou o Decreto n. 20/1995 que “Institui um Grupo de Trabalho Interministerial para a Valorização da População Negra”. O grupo formado por representantes ministeriais, contava, ainda, com oito membros do Movimento Negro. O objetivo era valorizar os afro-brasileiros, por meio de medidas de ação afirmativa, aplicáveis ao espaço público e para o privado.

No ano seguinte, o Decreto n. 1.904/1996 criou o Programa Nacional de Direitos Humanos I (PNDH I), reforçando a adoção das ações afirmativas. Continua “propostas de ações governamentais para a defesa e promoção

³³ Ali Kamel fornece quatro explicações para, nesse período, ter ocorrido a emergência das ações afirmativas, especialmente as cotas raciais: (a) as preocupações do jovem sociológico FHC repercutiu nas suas políticas; (b) o ambiente externo favorável; (c) o fato de ser mais fácil atribuir a desigualdade entre brancos e negros ao racismo do que a própria pobreza; (d) O gosto por soluções fáceis e assistencialista. Vide KAMEL, 2006, p.139-141; PIOVESAN, 2001, p.1123 e ss.

dos direitos humanos”. Cinco anos depois, o decreto foi revogado e foi criado o PNDH II pelo Decreto n. 4.229/2002. Ao mesmo tempo, instituiu-se o Programa Nacional das Ações Afirmativas, no âmbito da Administração Pública federal, por meio do Decreto n. 4.228/2002. O programa, além de outros incentivos, previa: (a) Percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e portadores de deficiência nos cargos em comissão do DAS (grupo Direção e Assessoramento Superiores); (b) Bonificação para licitantes com a Administração Pública federal que comprovem a adoção de medidas semelhantes a do programa; (c) A “inclusão, nos termos de transferências negociadas de recursos celebradas pela Administração Pública Federal, de cláusulas de adesão ao Programa”.

As cotas raciais saíram da teoria para realidade. A medida é praticada por diversos órgãos do governo e a regra também se estende às empresas privadas que lhe prestam serviços. Um exemplo decorreu da parceria entre o Ministério das Relações Exteriores e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). A parceria instituiu o programa que destina bolsas de estudos para afrodescendentes se prepararem para o concurso do Itamaraty e, dessa forma, terem maiores chances de ingressar na difícil e concorrida carreira diplomática³⁴.

Foi, contudo, com a implantação das políticas de ação afirmativa nas universidades públicas que o tema ganhou destaque. Taxadas de desproporcionais, foram objetos de ações de inconstitucionalidade e mandados de segurança no intuito de assegurar vagas aos que obtiveram boas notas, mas insuficientes para ocupar as vagas não reservadas.

4 - Críticas e contra-argumentos às cotas étnicas

A análise das ações afirmativas com foco nas cotas étnicas virá precedida das críticas e dos contra-argumentos à sua adoção. Trata-se de outra incursão teórica preliminar para tomar consciência de

³⁴ O deputado Abdias do Nascimento, mais uma vez, apresentou o Projeto de Lei n. 3.194, de 1984, segundo o qual o Instituto Rio Branco ficaria obrigado a reservar 40% das vagas para candidatos de “etnia negra”, 20% para os homens e 20% para as mulheres. O projeto não obteve sucesso.

quais críticas procedem e, dessa forma, podem servir de balizas na formulação dos parâmetros.

A primeira crítica às cotas tem origem na ideia de que não existe raça negra, branca ou amarela. Todos integram a raça humana, não sendo possível identificar quem é realmente negro/pardo. A segunda contextualiza o problema, alegando que, no Brasil, não existe racismo, mas sim uma “democracia racial” que torna as cotas desnecessárias. A terceira crítica identifica discriminação racial e econômica e, não existindo racismo, e sim “classismo” (discriminação contra os pobres), acredita-se que as cotas não são uma solução razoável. A quarta crítica prefere apostar em políticas preponderantemente universalistas por semelhante motivo. A quinta crítica observa que o vestibular pauta-se pelo critério meritocrático (art. 208, V, da CRFB). A adoção das cotas, nessa concepção, de um lado, viola a competição de mérito entre iguais e, de outro, contribui para diminuir o nível da universidade pública. A sexta crítica aponta que a adoção de cotas pode acentuar a discriminação entre brancos e negros, especialmente naqueles que são brancos e pobres e foram preteridos pelo mero tom de pele³⁵. Por fim, defende-se que a desigualdade social entre brancos e negros no ensino superior resulta da desigualdade econômica, sendo necessário melhorar o ensino médio, ao invés de instituir cotas.

Ali Kamel, em tom eloquente, chega a dizer que estaríamos dividindo o Brasil entre brancos e negros, em que os primeiros exploram os segundos. Essa descrição, segundo o autor, pertence aos que querem transformar nosso país numa “nação bicolor”. Entende que o racismo não é uma explicação válida para a desigualdade entre brancos e negros, porque não existe uma discriminação estrutural na sociedade brasileira. Após analisar minuciosamente as estatísticas, conclui que “sumiram com os pardos” e que não são substanciais as diferenças entre os brancos pobres, se a comparação for realizada entre brancos e negros/pardos com as mesmas características socioeconômicas.

³⁵ Embora tenha se posicionado favoravelmente às ações afirmativas por meio das cotas, Daniela Ikawa expõe de forma mais didática e detalhadamente as críticas sumariadas acima, contestando cada uma delas. Vide IKAWA, 2008, p. 386 e ss.

Se existem diferenças, o autor pensa que elas surgem da péssima educação básica dos pobres em geral³⁶.

Existem contra-argumentos às críticas e justificativas variadas para adoção das ações afirmativas nas universidades, seja através das cotas ou não. O primeiro contra-argumento à idéia de que não existem raças contrapõe a lógica de que existem grupos étnicos e minorias que acabam sendo desfavorecidos e, por isso, merecem gozar de políticas redistributivas. O segundo contra-argumento entende que a “democracia racial” brasileira é um mito, sob o argumento de que todos os indicadores dos negros são inferiores aos dos brancos³⁷. O terceiro e quarto explicam a importância não só das políticas redistributivas universalistas, mas também de políticas de reconhecimento para valorizar a cultura afro-brasileira. O quinto defende que o critério meritocrático deve ser levado em consideração, tanto quanto a necessidade de proteger a diversidade cultural e o direito das minorias, razão pela qual as cotas se justificam. A interpretação sistemática da Constituição permite o estabelecimento de percentuais razoáveis³⁸. O sexto contra-argumento reconhece que as cotas não constituem uma solução definitiva, mas acredita que a formação de uma nova elite contribuirá para a construção de uma sociedade pluralista e democrática³⁹.

O ministro Joaquim Barbosa indica que existem, pelo menos, três fundamentos para as ações afirmativas: (I) justiça compensatória pelo preconceito e discriminação sofrida no passado; (II) justiça distributiva de modo que a redistribuição de bens possa mitigar as iniquidades sociais decorrentes da discriminação no presente; (III)

³⁶ KAMEL, 2006.

³⁷ SARMENTO, 2006.

³⁸ Daniela Ikawa elabora/invoca alguns princípios para analisar as políticas de cotas e as ações afirmativas nas Universidades. Todos de alguma forma podem servir para formular os contra-argumentos. São eles: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da redistribuição, princípio da classificação racial e da estabilidade da melhora de status, princípio da diversidade, princípio da compensação e o princípio do mérito. Vide IKAWA, 2008, p. 373 e ss.

³⁹ TRF4 – Terceira Turma, *DJU* de 11 jun. 2005, AG 2005.04.01.006358-2/PR, Relator Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon. Trecho da Ementa: “É claro que as cotas raciais não constituem a única providência necessária, não se há de erigi-la em solução. Não as vejo, todavia, como mero paliativo, pois creio que uma elite nova, equilibrada em diversificação racial, contribuirá em muito para a construção da sociedade pluralista e democrática que o Brasil requer”.

multiculturalismo que indica a necessidade de fortalecer identidades representativas dos grupos sociais. Todos de alguma forma remetem a concepção material da igualdade⁴⁰.

5 - Casos concretos envolvendo a política de reserva étnica de vagas

Os casos concretos de adoção de reservas étnicas de vagas nas universidades públicas foram agrupados, primeiramente, considerando as cinco regiões do Brasil: Sudeste, Sul, Norte, Nordeste e Centro-Oeste. Várias universidades estaduais, por leis estaduais ou de atos administrativos da própria universidade, adotaram a política de cotas. Em âmbito federal, existe apenas projeto de lei⁴¹ para a criação de cotas que abarcará a todas as universidades federais. Mesmo sem existir previsão legal obrigatória, diversas universidades federais, no uso de sua autonomia constitucional, têm estabelecido a reserva étnica de vagas.

As universidades federais do Rio de Janeiro em geral não adotam cotas étnicas. Quanto às estaduais, as Leis n. 3.524/2000 e n. 3.708/2001 reservavam 50% das vagas nos cursos para os egressos de escolas públicas do Estado do Rio de Janeiro e dos municípios, e 40% das vagas para os negros e pardos que assim se declarassem. Os percentuais não são tão altos isoladamente, porém o somatório de ambos torna tendencialmente impossível o acesso dos competidores fora das cotas. Resultado: ao mérito foi efetivamente prejudicado. Os candidatos que se enquadrassem em ambos os requisitos poderiam concorrer pelos dois percentuais: (I) estudante de escola pública e (II) negro/pardo. Reprovado em um requisito, o candidato vai para repescagem do outro percentual.

⁴⁰ GOMES, 2001, p. 61 e ss.

⁴¹ O Projeto de Lei n. 73/1999, cuja tramitação encontra-se em regime de prioridade. Outro projeto de lei que não deve ser esquecido é o do Estatuto da Desigualdade Social. O Projeto de Lei n. 3.198 foi aprovado pelo Senado e encaminhado à Câmara dos Deputados, sob o número 6.264/2005. Em novembro de 2007, foi criada uma comissão especial para a sua avaliação.

As leis não resistiram por não serem comedidas. Antes de mesmo de terem a sua constitucionalidade analisada pelo STF⁴² e pelo TJRJ⁴³, foram revogadas pela Lei n. 4.151/2003, alterada pela Lei n. 5.074/2007. Essa última prevê percentuais mais tímidos para as cotas: 20% das vagas para estudantes oriundos da rede pública de ensino; 20% para negros, auto-declarados, e 5% para as demais pessoas, tais como deficiência, filhos dos policiais civis, militares, bombeiros militares e de inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos em razão de serviço. A lei revogadora foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pela Confederação dos Estabelecimentos de Ensino Superior (CONFENEM), até o momento, pendente julgamento⁴⁴.

No Estado das Minas Gerais, a Lei Estadual n. 15.259/2004 instituiu as cotas, reservando 20% de vagas para os afrodescendentes declarados e carentes⁴⁵, abrangendo as universidades estaduais – UEMG e UNIMONTES. Já em relação às universidades federais, a Universidade Federal de Juiz de Fora reserva 25% das vagas para afrodescendentes, assim declarados⁴⁶. Na Universidade Federal de São Paulo, o Conselho Universitário determinou o aumento de 10% do número de vagas nos cursos para destiná-lo a candidatos afrodescendentes e indígenas, apenas se egressos de escolas públicas⁴⁷.

⁴² STF, Tribunal Pleno, ADI 2858/RJ, Relator Ministro Carlos Velloso. O Supremo arquivou esta Ação Direta de Inconstitucionalidade em novembro de 2007.

⁴³ TJRJ, *DJ* de 3 nov. 2003, RI 2003.007.00020, Relator Desembargador Nilton Mondago; TJRJ, *DJ* de 14 out. 2003, RI 2003.007.00021. Relator Desembargador José Carlos Schmidt Murta Ribeiro. Ambas as ações foram extintas sem a apreciação do mérito, em razão da revogação da lei.

⁴⁴ Pende de julgamento a ADI 3197-0/R em face da nova Lei de Cotas da UERJ, a Lei n. 4.151/2003, protocolada em maio de 2004.

⁴⁵ A carência, assim como está na Lei de Cotas do Rio de Janeiro, está ligada a fatores socioeconômicos e deve ser comprovada nos termos determinados pelo edital do vestibular.

⁴⁶ Ver Resolução n. 16/2004.

⁴⁷ É interessante a previsão do art. 4º da Resolução n. 23/2004: “Esta Resolução só entra em vigor quando obtido recurso financeiro específico para viabilizar a permanência do aluno vinculado ao sistema de cotas na Instituição, sendo revogadas as disposições em contrário”. Isto é, as cotas possuíam, nesta Instituição, a natureza de um programa a ser implementado. Contudo, a previsão já foi efetivada. No vestibular para 2009, criaram-se dois sistemas de preenchimento de

A Universidade Estadual de Campinas e a Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto criaram o Programa de Ação Afirmativa e Inclusão Social (PAAIS), que consiste em um sistema de acréscimo de 40 pontos, de um total de 100, no resultado final dos afrodescendentes oriundos de escolas públicas⁴⁸. O sistema foi seguido pela Faculdade de Tecnologia de São Paulo⁴⁹. A bonificação na FATEC/SP é de 3% à nota final a quem declarar ser afrodescendente. Caso este candidato tenha cursado o ensino em instituições públicas, o percentual a ser somado à nota final aumenta para 13%. A Universidade Federal do ABC, por sua vez, destina 142 de suas vagas para os candidatos negros ou pardos, enquanto o Centro Universitário de França, de acordo com a Lei Estadual n. 6.287/2004, destina 20%.

Na Região Sudeste, a soma de pessoas que se declaram negros ou pardos é de 40,6%, segundo dados da PNAD/2005⁵⁰. No ano de 2004, dados do Ministério da Educação⁵¹ revelam que os percentuais de negros e pardos estudando no ensino superior eram de 18,6%, enquanto os brancos ocupavam 78,1% das vagas. As informações demonstram que das 19 instituições pesquisadas que adotam algum tipo de política de ação afirmativa, nesta região, 12 destinam-se aos negros e pardos. A maioria delas é estadual, a exceção do Estado de São Paulo que possui cotas principalmente nas Universidades Fe-

vagas: o geral e o para cotistas. Neste último, 10% do total das vagas em cada curso já estão reservados para negros, pardos ou indígenas advindos da rede pública de ensino, conforme determinação do edital do vestibular de 2009/UNIFESP de setembro de 2008.

⁴⁸ Ver deliberação do Conselho Universitário A 12/04.

⁴⁹ Ver deliberação CEETEPS n. 8/2007.

⁵⁰ Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2004-2005. Disponível em: <www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2006/tabsintese.shtm>. A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) é uma pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), anualmente e em todo o território nacional. Em sua coleta, a equipe da PNAD visita os domicílios brasileiros com a finalidade de realizar uma amostragem de dados baseados em diversas características da população brasileira, como saúde, fecundidade, população, trabalho, entre outros. Os dados utilizados estão disponíveis na página do IBGE na Internet: <www.ibge.gov.br>.

⁵¹ Fonte: Deaes/Inep/Mec. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/secad/index.php?option=com_content&task=view&tid=2094&interna=6>.

derais. O sistema preferencial é o de cotas que não excede os 25%. A UNICAMP, a FAMERP e a FACEF, ao invés da reserva de vagas, optaram por adicionar uma pontuação na nota final do vestibular.

No Centro-Oeste do País, a Universidade de Brasília, desde 2003, prevê 20% das vagas para negros no vestibular⁵². O candidato passa por uma banca examinadora⁵³ de suas características fenotípicas para fazer jus à reserva. A Universidade Federal de Goiás aprovou, em agosto de 2008, a proposta que inclui 10% de negros oriundos de escola pública e outros 10% apenas para candidatos de escolas públicas. Esse programa prevê também, em cada curso, uma vaga adicional para índios e negros quilombolas, caso haja demanda específica⁵⁴. Ainda em Goiás, as universidades estaduais reservam de 20% das vagas para alunos negros, por determinação da Lei Estadual n. 14.832/2004. A lei estabelece que implementação do sistema será gradual e, apenas em seu terceiro ano de vigência, a totalidade da reserva será aplicada. A Faculdade Estadual Superior de Goiatuba reserva 10% de vagas para negros em seus cursos. Em Mato Grosso, foi instituído 25% das vagas para aqueles que se declararem afrodescendentes nas Universidades Públicas do Estado⁵⁵. A Universidade do Estado do Mato Grosso do Sul destina 20% de vagas para negros, por determinação da Lei Estadual n. 2.605 de 2003. No Centro-Oeste, negros/pardos representam de 55,6%, se-

⁵² Ver resolução CEPE n. 38/2003

⁵³ O critério mais utilizado pelas universidades quanto à identificação dos beneficiários das cotas é o da autodeclaração. Esse também é o critério utilizado pelo IBGE e é uma normatização da Organização das Nações Unidas (ONU). Afinal, a pessoa deve ter liberdade para decidir em qual grupo étnico ou religioso se insere. O critério da heteroidentificação utilizado pela UnB é criticado, principalmente no polêmico caso dos irmãos gêmeos que tiveram classificações raciais diferentes pela banca examinadora. Todavia, é importante que sejam criados mecanismos para impedir fraudes de pessoas que pretendem burlar o sistema de cotas. Em caso de suspeita de fraude, o caso deveria ser levado, por exemplo, ao Ministério Público ou ao Conselho Universitário.

⁵⁴ Dados estabelecidos no Edital n. 081/2008 do Processo Seletivo DE 2009-1.

⁵⁵ Ver Resolução n. 200/2004 do Conselho Superior de Ensino, Pesquisa e Extensão (CONEPE).

gundo a PNAD/2005⁵⁶. Alunos negros/pardos nas universidades, em 2003, constituem 45%⁵⁷.

Na Região Nordeste, apenas no Maranhão, na Bahia e em Alagoas, as universidades adotam políticas de ação afirmativa para negros. A Universidade Federal de Alagoas destina 20% das cadeiras para a população negra oriunda da Rede Pública de ensino. Dessa reserva, 60% ficam para mulheres negras e 40% para os homens negros⁵⁸. A Universidade Federal de Feira de Santana garante em cada curso da graduação metade de suas vagas aos alunos que tenham, prioritariamente, estudado na rede pública durante todo o ensino médio e, pelo menos, dois anos do ensino fundamental⁵⁹. Alunos com essa característica e que também se declararem negros possuem 80% dessa metade. Os 20% restantes pertencem aos não declarados negros, mas que apenas estudaram em instituições públicas.

A Universidade Federal da Bahia e a Universidade Federal do Recôncavo da Bahia disponibilizam 36,55% das vagas aos candidatos de escola pública que se declararam negros ou pardos, 6,45% aos de escola pública de qualquer etnia ou cor e 2% aos de escola pública que se declararam descendentes de índios. O remanescente se destina aos demais, de qualquer etnia ou procedência escolar⁶⁰. A Universidade Estadual de Santa Cruz reserva metade das vagas para alunos oriundos da rede pública de ensino, sendo que 12,5% do total apenas para alunos da rede pública e 37,5% do total para candidatos negros. Em cada curso serão admitidas duas vagas, além das estabelecidas, para índios ou quilombolas⁶¹. Na Universidade Estadual da Bahia, a

⁵⁶ Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2004-2005.

⁵⁷ Fonte: Deaes/Inep/Mec. Dados fornecidos pelo *site*: <http://portal.mec.gov.br/se-cad/index.php?option=com_content&task=view&tid=2094&interna=6>.

⁵⁸ Vide Ofício NEAB n. 79/2003.

⁵⁹ Vide Resolução CONSU n. 34/2006.

⁶⁰ Esta é a determinação da Resolução n. 01/2004 do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (CONSEPE) da UFBA. A resolução ainda prevê que, caso as vagas para os alunos oriundos de escola pública e as de afrodescendentes não sejam preenchidas, as remanescentes desse percentual serão preenchidas por estudantes provenientes das escolas particulares que se declaram pretos ou pardos (art. 3º, I, b).

⁶¹ Vide Resolução CONSEPE n. 64/2006.

reserva é de 40% para população afrodescendente, oriunda de escolas públicas situadas no Estado da Bahia, nos cursos de graduação e pós-graduação⁶². No Centro Federal de Educação Tecnológica da Bahia, o percentual é de 30% do total de vagas reservado para negros egressos das escolas públicas e 20% aos demais alunos egressos do sistema público de ensino⁶³.

No Nordeste do país, a soma de pessoas que se declaram negras ou pardas alcança 70,1%⁶⁴ enquanto a de alunos no ensino superior era de 46,5 %, em 2003⁶⁵. Apesar da grande quantidade de negros e pardos, apenas sete das 21 universidades pesquisadas aderem a programas de ação afirmativa que beneficie essas pessoas. Vale ressaltar que o critério não é o racial puro, pois o negro ou pardo deve ter cursado o ensino em escolas públicas.

No Norte, a graduação da Universidade Federal do Pará destina 20% do total de vagas aos alunos que se declarem negros ou pardos e forem egressos da Rede Pública de Ensino⁶⁶. Na Universidade do Estado do Amazonas, a Lei Estadual n. 2.894/2004 reservou 80% das vagas aos alunos que tiverem cursado três séries do ensino médio em instituições no Estado do Amazonas (públicas ou privadas) e que não possuam curso superior completo ou não o estejam cursando em instituição pública de ensino. Os 20%, restantes, pertencem aos candidatos que tiverem findado o ensino médio ou equivalente em qualquer Estado da Federação ou no Distrito Federal. Além disso, 60% das vagas dos 80%, referidos acima, serão destinadas a alunos que tenham cursado as três séries do ensino médio em escola pública no Estado do Amazonas. A Universidade Federal do Tocantins (UFT) reserva 5% das vagas para a população indígena⁶⁷. Nesta região do País, negros ou pardos, segundo

⁶² Vide Resolução n. 196/2002.

⁶³ Vide Resolução n. 10/2006.

⁶⁴ Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2004-2005.

⁶⁵ Fonte: Deaes/Inep/Mec. Dados disponíveis na página: <http://portal.mec.gov.br/secad/index.php?option=com_content&task=view&id=2094&interna=6>.

⁶⁶ Vide Resolução n. 3.361/2005.

⁶⁷ Vide Resolução n. 3/2004.

dados da PNAD/2005⁶⁸, representam 75,3%, enquanto nas universidades são 54,1%⁶⁹, em 2003.

No Sul do país, a Universidade Federal do Paraná reserva 20% de vagas para alunos afrodescendentes e seis vagas para indígenas⁷⁰. Em todas as universidades estaduais do Paraná⁷¹, a Lei Estadual n. 14.995/2006 disponibiliza seis vagas para indígenas de comunidades paranaenses. A Universidade Federal do Rio Grande do Sul adota reserva de 30% para os candidatos com vida escolar em instituições públicas e para afrodescendentes declarados⁷². A Universidade Federal de Santa Maria e a Universidade Federal do Pampa reservam 10% das vagas para os declarados afrodescendentes, percentual que aumentará para 15% em 2013⁷³. A Universidade Federal de Santa Catarina adota reserva de 10% das vagas para negros⁷⁴. O Centro Universitário Municipal de São José (USJ) destina 70% das vagas para alunos que realizaram o 2º e o 3º anos do ensino médio em escolas da rede pública da cidade de São José. Na Região Sul, negros ou pardos representam o menor percentual brasileiro: total de 18,6%, segundo dados da PNAD/2005⁷⁵. No ano de

⁶⁸ Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2004-2005.

⁶⁹ Fonte: Deaes/Inep/Mec. Dados disponíveis na página: <http://portal.mec.gov.br/secad/index.php?option=com_content&task=view&id=2094&interna=6>.

⁷⁰ Ver Resolução n. 37/2004-COUN.

⁷¹ Universidades Estaduais do Paraná são: Estadual de Londrina (UEL), Estadual de Maringá (UEM), Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE), Estadual do Paraná (UNIESPAR), Estadual do Norte do Paraná (UENP), Estadual do Centro-Oeste (UNICENTRO), Escolas de Músicas e Belas-Artes do Paraná (EMBAP), Faculdades de Arte do Paraná (FAP), Faculdade Estadual de Ciências Econômicas de Apucarana (FACEA), Fundação Faculdade Luiz Meneghel (FALM), Faculdade Estadual de Ciências e Letras de Campo Mourão (FECILCAM), Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras de Cornélio Procópio (FAFICP), Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras de Jacarezinho (FAFLJA), Faculdade Estadual de Educação Física de Jacarezinho (FAEFJJA), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro de Jacarezinho (FUNDINOPI), Faculdade Estadual de Educação, Ciências e Letras de Paranaíba (FAFIPA), Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras de Paranaguá (FAFIPAR), Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras de União da Vitória (FAFI).

⁷² Vide Decisão n. 134/07 CONSUN.

⁷³ Vide Resolução n. 11/2007.

⁷⁴ Vide Resolução n. 8/CUN/2007.

⁷⁵ Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2004-2005.

2003, 7,2% dos estudantes do ensino superior se declararam negros ou pardos, segundo dados do MEC⁷⁶.

6 - Parâmetros para formulação e controle judicial das políticas de cotas

A política de cotas encerra uma tensão entre a igualdade formal e a substancial. Existem três maneiras de equacioná-la do ponto de vista teórico, avaliando sua constitucionalidade de forma mais ou menos precisa. A primeira recorre ao princípio da proporcionalidade. A segunda lança mão da estrutura da igualdade. Ambas são simples e imprecisas. Para que essa tensão seja equilibrada da melhor maneira possível, sugere-se uma terceira via: a adoção de parâmetros aptos a harmonizar os múltiplos valores constitucionais envolvidos.

De forma simplista, aplica-se o princípio da proporcionalidade, lançando mão de sua estrutura interna adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Em geral, contudo, as etapas não são devidamente percorridas, se é que isso seria possível, e o subjetivismo impera na determinação do percentual “proporcional/razoável”. Resultado: não há justificativa sólida⁷⁷.

⁷⁶ Fonte: Deaes/Inep/Mec. Dados fornecidos pelo site: <http://portal.mec.gov.br/se-cad/index.php?option=com_content&task=view&id=2094&interna=6>.

⁷⁷ Independentemente de achar se o percentual é razoável ou não, acreditamos que se faz necessário mensurar os dados da realidade do percentual de negros/pardos da região, bem como da desigualdade em relação aos brancos. Não basta afirmar que não é razoável, dizendo em abstrato que não guarda correlação lógica entre a distinção realizada. Com a redação truncado, e uma justificativa superficial da inconstitucionalidade do percentual das cotas de 40% instituído pela UERJ. V. PEÑA DE MORAES, Guilherme. Ações afirmativas no direito constitucional comparado. *Revista da EMERJ*, n. 23, p. 314, 2003.

Confira-se outro exemplo de subjetivismo na avaliação da razoabilidade das cotas. Dessa vez, pode ser encontrado no artigo jornalístico, reproduzido em coletânea. Sem se dar ao trabalho de verificar o percentual de negros do local ou o grau de desigualdade em relação aos brancos, no contexto da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Luís Roberto Barroso afirma que reservar 10% das vagas para negros e pardos seria razoável, enquanto instituir um percentual de 40% ou 50% de cotas não o seria. Talvez o reconhecido constitucionalista esteja certo, mas deveria antes ter consultado melhor alguns dados, o que provavelmente não tenha sido possível por se tratar de texto jornalístico. Vide BARROSO, 2005, p. 488.

De forma igualmente simplista, alguns autores utilizam a estrutura do princípio da igualdade. O conteúdo jurídico da igualdade, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, significa a proibição de desigualdades injustificadas⁷⁸. O autor propõe três etapas para sua verificação: (I) fator de desigualação; (II) correlação lógica abstrata; (III) amparo constitucional⁷⁹. Outros autores aplicaram essa estrutura na reserva étnica de vagas do seguinte modo: (I) fator de desigualação – ser negro ou pardo; (II) correlação lógica abstrata – a desproporção entre o percentual de negros da população e o percentual que ingressa na universidade; (III) amparo constitucional – o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana⁸⁰.

A proposta desse texto opera por meio da formulação de parâmetros (*standards*) para determinação do modelo a ser adotado pelas Universidades. Serão sugeridas, por isso, relações de precedência condicionada. Significa que, se presentes determinadas circunstâncias, então, certas medidas devem/podem ser adotadas. Essas relações de precedência condicionada resultaram tanto da observação de como as universidades estruturam sua política de cotas, quanto de sua avaliação judicial, como se poderá constatar pela apresentação de algumas decisões judiciais na seqüência de cada parâmetro.

Os parâmetros (*standards*), certamente, reduzem o subjetivismo na escolha de percentuais razoáveis de cotas. Podem não trazer a melhor proposta do ponto de vista político, mas os parâmetros fornecem balizas mais seguras e racionalmente justificáveis para escolha da estruturação constitucionalmente adequada da política de cotas. Serão apresentados a partir de três linhas: (I) parâmetros para a determinação do grupo a ser beneficiado; (II) parâmetros para via de implementação das cotas; e (III) parâmetros para o percentual de cotas a ser adotado⁸¹.

⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, 2004.

⁷⁹ Id., *ibid.*, p. 21.

⁸⁰ LEAL, 2005, p. 120-121.

⁸¹ É extremamente raro trabalhar com parâmetros para constitucionalidade/legitimidade das ações afirmativas. Em geral, o debate restringe-se a ilações protopolíticas. Como em tudo, existe uma luminosa exceção da qual retiramos parte substancial da estrutura e conteúdo dos parâmetros aqui apresentados, é claro com os desvios,

6.1 - Parâmetros para determinação do(a) grupo/minoria

Em relação à determinação da minoria/grupo a ser beneficiado, são sugeridos três parâmetros que, de forma sucinta e preliminar, podem ser postos nestes termos: (I) autodeclaração de pertencimento a certo grupo; (II) inconstitucionalidade *prima facie* de cotas adotadas por meio da determinação heterônoma do pertencimento ao(a) grupo/minoria; (III) cumulatividade entre o critério étnico (cor negra) com o critério social (pobreza).

No Brasil, há um profundo desacordo moral sobre quem é negro, pardo e branco. A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), realizada em 1976, deixou livre ao entrevistado a autoclassificação à pergunta “Qual é a cor do(a) senhor(a)?”. Reuniu-se um total de 135 “cores”⁸². Diante de tamanho desacordo, melhor mesmo é optar pela autodeclaração como forma de preservar a autonomia moral do indivíduo, ao invés de impor uma cor, o que poderia fomentar preconceitos e discriminação⁸³. Se o negro/pardo quiser candidatar-se a competir em igualdade formal de condições com os demais candi-

modificações e acréscimos que são naturais. Vide SOUZA NETO; FERES JÚNIOR, 2008, p. 345 e ss. e p. 360-362.

⁸² Confira-se apenas uma pequena amostra dessas novas cores: acastanhada, agalegada, alva, alva-escura, amarela, amorenada, avermelhada, azul, burroquando-foge, bronze, bronzeada, canelada, trigueira, sarará. Seria possível adicionar outras tantas cores a lista, mas é o suficiente para se ter uma ideia geral de dificuldade em determinar a cor. Roberta Fragoso a partir desses dados chama atenção para diferença em relação ao cenário norte-americano. Enquanto lá parece haver a regra do *one drop rule*, ou seja, se houver uma gota de sangue negro, o indivíduo será negro, o que quer dizer que a ascendência familiar determina a cor do indivíduo; entre os brasileiros, a intensa miscigenação e a existência de um multirracismo, ou seja, de matizes variadas entre brancos e negros, faz com que a aparência ou o sentimento da própria pessoa indique quem é negro. Vide KAUFMANN, 2007, p. 243 e ss.

⁸³ TRF4 - Terceira Turma, DJU de 23 abr. 2008, AMS 2005.70.00.008336-7/PR, Relatora Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria. Trecho da Ementa: “9. AUTODECLARAÇÃO. Critério que não é ofensivo nem discriminatório em relação aos ‘negros’, porque: a) já é adotado para fins de censo populacional, sem objeções; b) utilizado amplamente no direito internacional; c) guarda consonância com os diplomas legais existentes; d) constitui reivindicação dos próprios movimentos sociais antidiscriminação”.

dados, não se deve obstar tal escolha⁸⁴. O contrário é polêmico: um branco se candidatar à vaga reservada estaria fraudando as cotas. O problema é “quem é branco?”/“quem não é negro?”.

Existe alto risco de restar configurada a inconstitucionalidade de eventuais políticas de cotas, cuja determinação do pertencimento ao grupo negro seja heterônoma. Por exemplo, a criação de conselhos para avaliar quem é negro, seja através de fotos, seja por meio de entrevistas⁸⁵ a princípio podem ser consideradas inconstitucionais. Isso porque podem fomentar o preconceito e a discriminação, ao determinar que alguém é ou não negro/pardo, violando a sincera convicção de quem se crê como tal⁸⁶.

⁸⁴ Sobre o entendimento de que é necessário preservar a autonomia moral do indivíduo para se declarar negro ou não, ver SARMENTO, 2006.

É preciso chamar atenção para o fato de que o emprego do termo afrodescendente pode conduzir a contestação da constitucionalidade das cotas, porque 90% da população brasileira é afrodescendente, enquanto o termo negro pode violar a autonomia na determinação da identidade dos indivíduos. Vide SOUZA NETO; FERES JÚNIOR, 2008, p. 360.

⁸⁵ A Universidade de Brasília (UnB), por meio da Resolução-CEP n. 38/2003, adotou a autodeclaração, registrada em formulário no qual cada candidato deve colar uma fotografia para a identificação racial. A homologação é realizada por meio de avaliação de uma Comissão. A UnB vem sendo muito criticada, porque a comissão, formada por um antropólogo e três representantes do movimento negro, teve apenas 20 dias para realizar a complexa de identificar entre milhares de fotografias quem era negro, pardo ou branco. Dos 4.385 candidatos, 212 não passaram pelo “exame fenotípico” por não possuir características que os identificariam como negros, tais como cor da pele, formato do nariz ou textura do cabelo. Para uma visão crítica sob o ângulo da antropologia, ver MAIO; SANTOS, 2005, p. 181-214. A Universidade Estadual de Santa Cruz também prevê que, se for constatada fraude ao critério da declaração, o candidato perde o direito à vaga, embora não explicita exatamente o modo como isso seria feito, conforme art. 3º, §1º, da Resolução CONSEPE n. 64/2006. Na Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul, conforme o item 11.9 do Edital PROE/UEMS n. 05/2008, o candidato que se declara negro terá sua inscrição avaliada por uma comissão instituída para tal, composta por representantes da UEMS e do Movimento Negro, indicados pelo Conselho Estadual de Defesa dos Direitos do Negro e pelo Fórum Permanente de Entidades do Movimento Negro de Mato Grosso do Sul.

⁸⁶ Veja-se um caso de o quanto pode ser problemática a implementação desses comitês. Um candidato recusou-se a retirar uma fotografia no posto da UnB para fins de concorrência às cotas. Alegava ainda que a Universidade impedia a inscrição no sistema de cotas de candidatos que no ano anterior já foram avaliados pela comissão e que não foram considerados de cor preta ou parda. Impetrou mandado

Recomenda-se, para evitar isso, que os comitês de avaliação sejam plurais, abrangendo integrantes comprovadamente contrários e favoráveis às cotas, atuantes no assunto⁸⁷. Sugere-se, ainda, permitir recurso administrativo à negativa da caracterização como negro/pardo aos candidatos “supostamente desprovidos das características fenotípicas dos negros” para que eles possam comprovar a ascendência negra por outros meios. Em último caso, se não comprovado que o candidato é negro/pardo, aconselha-se que ele não seja excluído do vestibular, mas sim que possa concorrer às vagas não reservadas⁸⁸. Ausentes essas condições, há fortes indícios da inconstitucionalidade desses comitês.

Apesar de a melhor opção ser a declaração do próprio candidato como negro, não basta se declarar para ter acesso às cotas. O critério cor deve ser combinado com o critério social⁸⁹. Os programas de ação

de segurança para ver assegurado seu direito de retirar a fotografia e, assim, poder concorrer às vagas reservadas. Vide TRF, Sexta Turma, *DJU* de 30 abr. 2007, AMS 2006.34.00.013865-0/DF, Relator Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro.

Merece registro a seguinte decisão que entendeu não ser arbitrária a criação de comissões para análise do “fenótipo” do negro. V. TRF4, Quarta Turma, *DJU* de 19 dez. 2007, AO 2005.70.00.007180-8, Relator Desembargador Federal Márcio Antônio Rocha.

⁸⁷ No caso da UnB, o comitê foi composto por um antropólogo e por membros da universidade e do movimento negro. Vide MAIO; SANTOS, 2005, p. 181-214.

⁸⁸ Trata-se de mandado de segurança, impetrado em face do Reitor da Universidade Estadual de Londrina, objetivando beneficiar-se do sistema de cotas raciais no vestibular de janeiro de 2005. Aluno que foi aprovado no vestibular pelo sistema de cotas, mas ao passar pela comissão de homologação de matrículas para sistema de vagas para negros entenderam que não se enquadrava no referido sistema. O fato de não ter sido deferida a participação do candidato no sistema de cotas, não autoriza a sua exclusão do certame. É possível considerá-lo como concorrente às vagas não reservadas, devendo ser assegurado o direito de se matricular no próximo semestre letivo. V. TRF4, Quarta Turma, *DJU* de 18 ago. 2008, AC 2005.70.01.002112-7/ PR, Relator Desembargador Federal Márcio Antônio Rocha.

⁸⁹ Esse modelo que exige a cumulatividade dos critérios racial e social foi adotado pela Lei estadual n. 4151/2003, no art. 1º, *caput*. O aluno para fazer jus a uma das vagas reservadas, sejam elas para negros, oriundos de escola pública ou deficientes, deve comprovar sua carência socioeconômica. Os candidatos que não conseguem provar têm tido sua matrícula impedida. Existem diversas decisões na tentativa de proteger o conteúdo desse artigo. Cf. TJRJ-3ª Câmara Cível, *DJ* de 5 set. 2007, AC 2007.001.29389, Relator Desembargador Antonio Eduardo F. Duarte; TJRJ-9ª Câmara Cível, *DJ* de 28 ago. 2008, AC 2007.001.02331, Relator Desem-

afirmativa não devem decorrer da mera constatação do preconceito ou de uma visão social deturpada sobre um grupo social. Esse olhar deve manifestar-se como uma barreira considerável para impedir o acesso de certos grupos a determinadas posições sociais⁹⁰. A combinação dos critérios permite, a um só tempo, minimizar as tentativas de fraude de estudantes brancos candidatarem-se às vagas destinadas para as cotas⁹¹ e alocar melhor os recursos para beneficiar os negros mais pobres e não a classe média negra⁹². No caso dos negros e pardos, a desigualdade socioeconômica tem-se convertido em problemas de reconhecimento social e vice-versa, como já discutido anteriormente.

Mesmo diante da ausência de um racismo estrutural e da presença de diversos elementos da cultura afro no cenário brasileiro atual, é inegável a continuidade da intensa visão deturpada e a acentuada exclusão social do negro, o que, sem dúvida, legitima as políticas de ação afirmativa para que negros pobres possam também ocupar posições mais variadas no cenário educacional e no mercado de trabalho⁹³.

De forma semelhante, parece pensar o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao apreciar Ação Direta de Inconstitucionalidade⁹⁴ contra a Lei Municipal n. 3.799/2005 (modificadora da Lei n. 3.077/1998). A lei questionada destina cinco bolsas universitárias, das doze oferecidas pelo município, exclusivamente aos negros e afrodescendentes. Em seu voto, o relator, entre outros argumentos, entendeu que haveria prejuízo ao princípio da igualdade, pois, como as bolsas são concedidas apenas

bargador Joaquim Alves de Brito; TJRJ-10ª Câmara Cível, *DJ* de 13 jun. 2007, AC 2006.001.38616, Relator Desembargador Jose Carlos Varanda; TJRJ-6ª Câmara Cível, *DJ* de 20 dez. 2006, AC 2006.001.22174, Relator Desembargador Ronaldo Álvaro Martins; TJRJ-6ª Câmara Cível, *DJ* de 1º ago. 2007, AC 2006.001.55203, Relator Desembargador Francisco de Assis Pessanha.

⁹⁰ KAUFMANN, 2007, p. 212.

⁹¹ Há quem critique o critério da autodeclaração. V. TJRJ, 11ª Câmara Cível, AI 2003.002.04351, *DJ* de 28 out. 2003. Relator Desembargador Paulo Sergio Fabião. Trecho da Ementa: “Tais medidas afirmativas devem se dar com base em critérios palpáveis e não pela via da auto-declaração, como ocorre na lei, o que dá margem a declarações inverídicas, prejudicando, assim, os demais candidatos”.

⁹² Id., *ibid.* p. 249.

⁹³ Id., *ibid.* p. 251.

⁹⁴ TJSP, *DJU* de 12 dez. 2006, ADI 122.190.0/6, Relator Desembargador Debatin Cardoso.

a pessoas carentes, ao reservar cinco vagas para negros, estar-se-ia fazendo uma diferenciação entre pessoas igualmente necessitadas, dando preferência a determinado grupo meramente em função da cor da pele. Por fim, julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade⁹⁵.

6.2 - Parâmetros para via de implementação das cotas

Os parâmetros para via de implementação das cotas consideram a capacidade institucional de cada um dos Poderes nessa empreitada de releitura da igualdade material. Em linhas gerais, sugere-se o seguinte: (I) possibilidade de estabelecer cotas por via legislativa ou administrativa; (II) impossibilidade de instituí-las por meio judicial ou desconstituí-las totalmente.

O legislador federal ou estadual pode implantar a reserva de vagas. Não é obrigado e sua omissão não enseja a inconstitucionalidade por omissão⁹⁶. Contudo, uma omissão intensa e prolongada no estabelecimento de ações afirmativas – e não apenas das cotas – pode fornecer indícios de que a omissão se faz presente. Do contrário, o arranjo normativo da Constituição quanto à necessidade de transformar as desigualdades sociais estaria sendo ignorado. As universidades também podem instituir cotas, como parte da sua autonomia administrativa (art. 207 da CRFB)⁹⁷. Além do mais, a Administração vincula-se a

⁹⁵ Não custa lembrar que, embora esteja sendo utilizado o termo “ação direta de inconstitucionalidade”, a natureza dessa ação é de representação de inconstitucionalidade, julgada pelo Tribunal Estadual tendo como parâmetro a constituição estadual.

⁹⁶ Nesse sentido, vide SOUZA NETO; FERES JÚNIOR, 2008, p. 361-362.

⁹⁷ Nesse sentido, vide TRF4, Terceira Turma, *DJU* de 28 maio 2008, AI 2008.04.00.000914-2/SC, Relator para o acórdão Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon.

O tema é controvertido, por exemplo, no interior do TRF5, em que a Segunda Turma já considerou que a reserva de vagas é legítima por assegurar a igualdade material, enquanto a Terceira Turma entendeu que viola a igualdade formal, a legalidade e, mesmo se houvesse a lei, as cotas deveriam ser econômicas e não étnicas. V. TRF5, Terceira Turma, *DJ* de 25 nov. 2006, AGTR 2005.05.00.012284-1, Relator Desembargador Federal Paulo Gadelha. A Terceira Turma, com esse entendimento, deferiu inúmeros mandados de segurança para assegurar a matrícula de alunos com notas maiores que as dos alunos que concorriam às vagas reservadas para negros. Vide TRF5, Segunda Turma, *DJU* de 27 nov. 2006, AGTR 61937/AL,

outros princípios e pode utilizar poderes implícitos para realizar suas competências⁹⁸.

Caso já exista lei, a universidade deve ater-se às determinações do legislador⁹⁹. Significa que a universidade não pode restringi-la ou se esquivar de cumpri-la¹⁰⁰. Pode tão-somente especificar os meios para sua execução¹⁰¹. Em ambos os casos, recomenda-se que sua adoção seja precedida de uma ampla deliberação democrática, com audiências públicas e especialistas para determinar o percentual mais adequado e refletir os limites e possibilidade do sistema de apoio aos negros/pardos para o acesso e a manutenção nas universidades.

Relator Desembargador Federal Petrucio Ferreira; TRF5, Terceira Turma, *DJU* de 3 ago. 2007, AGTR 2006.05.00.044186-0, Relator Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho (substituto); TRF5, Terceira Turma, *DJU* de 25 set. 2006, AGTR 61.893/AL, Relator Desembargador Federal Paulo Gadelha; TRF4, Quarta Turma, *DJU* de 5 out. 2005, AG 2005.04.01.003878-2/PR, Relator Desembargador Federal Amaury Chaves de Athayde; TRF4, Quarta Turma, *DJU* de 18 ago. 2008, AC 2005.70.01.002112-7/ PR, Relator Desembargador Federal Márcio Antônio Rocha.

⁹⁸ Nesse sentido, ver TRF1, Quinta Turma, AMS 2006.33.00.008424-9/BA, *DJU* de 15 maio 2007, Relator Desembargador Federal João Batista Moreira.

⁹⁹ Essa foi a interpretação estabelecida na apelação cível julgada no Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. A Universidade Pública estadual aprovou a Resolução-CEPE-UEMS n. 430/2004 que estabelecia cotas somente para alunos de escolas públicas, em contradição com lei anterior, a Lei n. 2.605/2003, que previu reserva de 20% das vagas para negros. O juiz entendeu que a resolução extrapolou os limites, anulando o desígnio da lei. Vide TJMS-3ª Turma Cível, *DJU* de 7 fev. 2006, AC 2005.015719-1/MS, Relator Desembargador Federal Oswaldo Rodrigues de Mello.

¹⁰⁰ Em 2008, o STJ avaliou interessante recurso em mandado de segurança. Os recorrentes afirmam que foram aprovados em concurso público para o cargo de enfermeiro na Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE). A Secretária de Estado da Administração e da Previdência não convalidou suas homologações e determinou ao Reitor da UNIOESTE a anulação do concurso por não ter sido observada a reserva legal de vagas aos afrodescendentes da Lei Estadual n. 14.274/03. A reserva só foi atendida com a posterior abertura de novo concurso pelo Edital n. 023/2006 GRE. O Ministro Felix Fischer manifestou-se pela constitucionalidade da referida lei estadual e pela autonomia da Universidade que anulou corretamente o concurso, por não ter sido respeitada a reserva estabelecida pela lei. O STJ entendeu que o ato foi legal e não feriu qualquer direito líquido e certo dos impetrantes. Vide STJ, Quinta Turma, *DJU* de 12 maio 2008, RMS 26089/PR, Relator Ministro Felix Fischer.

¹⁰¹ Nesse sentido, ver SOUZA NETO; FERES JÚNIOR, 2008, p. 361-362.

De fato, o Judiciário não possui expertise técnica ou legitimidade democrática para implementar as cotas étnicas¹⁰², tampouco para desconstituí-las totalmente¹⁰³. No entanto, isso não deve legitimar uma resignada auto-restrição judicial no tema. De um lado, o desvio de certos parâmetros pode deflagrar o controle de constitucionalidade. De outro, a omissão na implementação de ações afirmativas – e não meramente das cotas – pode legitimar, ao menos, o diálogo institucional entre o Judiciário e o Legislativo e entre o Judiciário e a Administração Pública. Trata-se de uma forma de as minorias, no caso os negros/pardos, poderem vigiar a atuação parlamentar e administrativa, pleiteando a concretização da igualdade material por meio de medidas ativas, como espera a Constituição. Vejamos alguns casos em que o ativismo judicial foi atabalhoado.

O primeiro foi julgado pela oitava turma do TRF da 2ª Região em sede de Ação Civil Pública. Entendeu pela improcedência do pedido de reserva de vagas a alunos da rede pública de ensino na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)¹⁰⁴. O objeto da ação civil pública voltava-se a obrigar a UFES a reservar 50% das cadeiras para esses alunos. A sentença de primeira instância acolheu o pedido, mas fixou a reserva em 20%. Em segunda instância, os desembargadores afirmaram “impossibilidade de o Poder Judiciário poder formular um conjunto de ações tendentes a corrigir desigualdades factuais que deságuam no acesso e manutenção no ensino superior do aluno do

¹⁰² Nesse sentido, ver SOUZA NETO; FERES JÚNIOR, 2008, p. 362.

¹⁰³ Interessante precedente sobre cotas para afrodescendentes foi julgado no Tribunal Regional da 4ª Região. Na primeira instância, a antecipação de tutela foi concedida, sob o argumento da afronta ao princípio da isonomia, para suspender a norma do edital da Universidade Federal do Paraná (UFPR) que reservava vagas, amparada em critérios de raça e capacidade financeira. No caso, 20% para afrodescendentes e 20% para egressos de escolas públicas. Pleiteou-se a suspensão de liminar em antecipação de tutela na ação civil pública. O Desembargador Relator *ad quem* salientou que a decisão envolve relevante interesse público e materializa uma decisão política. Enfatizou a autonomia das universidades para estabelecer a reserva e que existe um desequilíbrio social entre brancos e negros, persistente desde a escravatura. Por essa razão, concedeu a suspensão de liminar, mantendo a reserva de vagas. Vide TRF4-Presidência, DJU de 21 jan. 2005, SL 2004.04.01.054675-8/PR, Relator Desembargador Federal Vladimir Freitas.

¹⁰⁴ TRF2, Oitava Turma Especializada, DJU de 31 mar. 2005, AC 321794, Relator Desembargador Federal Guilherme Calmon.

ensino médio”. Essa tarefa pertence aos Poderes Executivo e Legislativo, que poderão realizar estudos científicos para “solucionar eventual distorção existente no ensino superior, no âmbito da universidade pública”¹⁰⁵.

Em abril de 2007, foi julgada Ação Civil Pública contra as universidades federais do Estado de Minas Gerais¹⁰⁶ com objetivo de obter a reserva de 50% das vagas em seus cursos a candidatos egressos de escolas públicas cursadas por no mínimo dois anos. Surpreendentemente, a sentença de primeiro grau concedeu o pedido, mantido pelo TRF da 1ª Região¹⁰⁷. No mérito, o Tribunal entendeu que as “ações afirmativas são políticas para diminuir as desigualdades estruturais de grupos expostos à discriminação”. Considerou legítima a implementação para favorecer o aluno de escola pública que está em desvantagem face ao da escola particular.

Ainda nas experiências judiciais ariscadas, em junho de 2008, o TRF da 4ª Região apreciou a reserva de 30% das vagas do vestibular da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) para negros egressos do ensino público¹⁰⁸. O sindicato dos estabelecimentos de ensino de Santa Catarina propôs ação ordinária para impedir a distribuição das vagas reservadas. O juiz de primeira instância realizou uma peculiar “interpretação conforme a constituição”, determinando que a Universidade criasse vagas suplementares em cada curso para inserir os candidatos cotistas aprovados ou eles não poderiam nela ingressar.

¹⁰⁵ Em 2007, o Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade Federal do Espírito Santo editou a Resolução n. 33 (alterada pela Resolução n. 31/2008), criando as cotas para alunos carentes em seus cursos. Os percentuais são variáveis e atingirão 50% no vestibular de 2010.

¹⁰⁶ Universidade Federal de Viçosa, Universidade Federal de Minas Gerais, Universidade Federal de Lavras, Universidade Federal de Uberlândia, Universidade Federal de Juiz de Fora, Universidade Federal de Ouro Preto, Fundação de Ensino Superior de São João Del-Rei, Escola Federal de Engenharia de Itajubá, Faculdade Federal de Odontologia de Diamantina, Escola de Farmácia e Odontologia de Alfenas, Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro e Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais.

¹⁰⁷ TRF1-Quinta Turma, *DJU* de 10 abr. 2007, AC 1999.38.00.036330-8/MG, Relatora Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida.

¹⁰⁸ TRF4-Terceira Turma, *DJU* de 18 jun. 2008, AI 2007.04.00.043456-0/SC, Relatora Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria.

O juiz estabeleceu o prazo de 20 dias, sob pena de multa. A Terceira Turma do Tribunal entendeu que o julgamento *ad quo* foi *extra petita* e, por isso, nulo. A decisão não poderia ser cumprida, porque criaria despesa imediata, sem previsão orçamentária. Estima-se que seriam necessários 12 milhões de reais à UFSC para criar as vagas adicionais. O Tribunal reformou a decisão também com base na autonomia universitária para definir sua própria política de ensino.

Nos três casos acima, juízes acolheram pedidos para reservar vagas, aparentemente, ignorando suas capacidades institucionais, sua expertise técnica e a separação de poderes. Fixaram percentuais, à primeira vista, de forma apressada e aleatória, desrespeitando a autonomia universitária. Não se está defendendo que não haja um ativismo judicial, mas apenas que ele venha precedido de algumas medidas de cautela. Em primeiro lugar, seria possível fornecer algum prazo para que as universidades adotem medidas de ação afirmativa – e não necessariamente as cotas – com objetivo de efetivar a igualdade material. Em caso de recusa ou de não demonstração da implementação dessas medidas, os juízes poderiam tomar decisões mais enérgicas. Outra medida possível é a convocação de audiências públicas e *amicus curiae* para se manifestarem “se” e “qual” o percentual de cotas deveria ser implementado à luz das peculiaridades do caso concreto.

6.3 - Parâmetros para determinação do percentual a ser adotado

A determinação do percentual de vagas reservadas para negros/pardos esbarra em extrema dificuldade de ordem prática. As dúvidas são variadas, tais como: “quem pode ser excluído das cotas?”, “o percentual deve guardar relação com o percentual de negros da região e a intensidade da desigualdade?”, “o percentual de cotas deve permanecer constante com o decurso do tempo?”. Percebe-se que as questões não são poucas, muito menos simples. Para responder a essas e outras dúvidas, foram sugeridos os parâmetros.

(I) Em relação a quem pode ser excluído das cotas, sugere-se:

(a) A possibilidade de exclusão dos candidatos de escolas federais, devido ao seu reconhecido nível de qualidade de ensino¹⁰⁹. Caso existam escolas públicas de qualidade comprovadamente notória, também é possível excluí-las do percentual de cotas, sem prejuízo à isonomia. Normalmente, os candidatos das escolas privadas já são excluídos da concorrência às vagas reservadas. Contudo, vale lembrar que essa exclusão também deve operar-se com razoabilidade. Imagine-se, por exemplo, um candidato que tenha estudado sempre em escolas públicas, mas que tenha obtido bolsa integral para estudar durante um ano numa escola particular. Esse candidato não deve ser excluído da possibilidade de concorrer às vagas reservadas¹¹⁰.

(b) A inconstitucionalidade *prima facie* de critérios puramente territoriais. O estabelecimento de cotas por região pressupõe algum grau de desigualdade socioeconômica local que justifique a adoção cotas direcionadas aos seus moradores. Do contrário, serão inconstitucionais¹¹¹.

O TRF 1ª Região decidiu em sentido semelhante, quando avaliava uma apelação em mandado de segurança contra sentença de primeiro grau que permitiu ao candidato matrícula, em 2003, no curso de Agronomia da Universidade Estadual da Bahia (UNEB). O candidato fora aprovado no vestibular por força do sistema de cotas para afrodescendentes. No entanto ele não preencheu um dos requisitos para participar desse sistema: ter realizado o ensino médio em escola pública do Estado da Bahia, como prevê a Resolução n. 196/2002 do Conselho Universitário. O candidato cursou, em toda a sua vida escolar, o ensino público, mas do Estado do Rio Grande do Norte. O TRF

¹⁰⁹ Id., *ibid.*, p. 360-362.

¹¹⁰ Nesse sentido, ver TJRJ, 17ª Câmara Cível, 2008.002.09800/RJ, DJ de 30 abr. 2008, Relator Desembargador Antonio Iloizio Barros Bastos. Trecho da ementa: “[...] a Lei Estadual n. 4.153/2003 exija que o candidato, para ingressar na universidade pelo sistema de cotas destinadas a estudantes da rede pública, tenha cursado todas as séries em instituição pública, *há que considerar que um único ano cursado, o da oitava série do curso fundamental, em escola particular, com bolsa integral, não afasta a presunção de miserabilidade e de precariedade educacional*”.

¹¹¹ Id., *ibid.*, p. 360-362.

considerou, com razão, o critério ilegal, desarrazoado e atentatório ao princípio constitucional da igualdade¹¹².

Em outro sentido, há decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendendo pela razoabilidade da exclusão de candidatos pelo critério regional, com base na determinação da lei estadual¹¹³. A candidata estudou em escolas públicas de outros estados e afirma, com razão, que esse critério regional é discriminatório.

(c) O estabelecimento de uma pontuação mínima, sem a qual os negros/pardos que concorrerem às vagas, estabelecidas pelas cotas, não serão considerados aprovados no vestibular também é recomendável, como uma forma de proteger a noção de mérito do concurso do vestibular em harmonia com a igualdade. Se essa nota mínima não for atingida, as vagas deverão ser remanejadas¹¹⁴. Essa nota de corte deve ser razoável não só para não inviabilizar completamente o acesso à universidade dos que são beneficiários dessas políticas, mas também para evitar que sejam beneficiadas pelas cotas pessoas extremamente despreparadas.

(II) Em relação à variação do percentual estabelecido pelas cotas, sugere-se:

(a) A relação entre o percentual de cotas adotadas e o da população negra/parda na região deve guardar uma harmonia. Se for maior a participação da minoria na população da região, maior pode ser a proporção na reserva de vagas. Se for menor, é possível adotar um

¹¹² TRF1-Sexta Turma, *DJU* de 2 maio 2006, AMS 2003.33.00.007199-9/BA, Relator Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro.

¹¹³ A 16ª Câmara Cível não concedeu provimento, entendendo ser justificável a criação de cotas com base nesse critério. “A preferência por estudantes das escolas públicas [...] reflete a observância ao princípio da igualdade, posto que ao dar preferência aos carentes do Estado, em detrimento dos outros das demais unidades federadas, privilegia o seu desenvolvimento sócio cultural”. Vide TJRJ-16ª Câmara Cível, 2007.001.40955, Relator Desembargador Pedro Freire Raguene. Em sentido semelhante, ver TJRJ-20ª Câmara Cível, *DJ* de 10 maio 2007, AC 2007.002.11039, Relator Desembargador Marco Antonio Ibrahim.

¹¹⁴ Há duas possibilidades ao menos. Uma é remanejar as cotas para o grupo geral, não beneficiado pelas cotas com o mérito exclusivamente. Outra é destinar as vagas que sobraram aos estudantes negros, oriundos das escolas privadas, com base na igualdade como política de reconhecimento.

sistema de cotas mais tímido. A região referida deve considerar, no caso concreto, quem concorre a uma determinada universidade.

Em decisão judicial, com alguma lucidez, esse parâmetro foi ao menos citado. Tratava-se de um candidato que, em primeira instância, viu deferido seu mandado de segurança para garantir o direito de concorrer à totalidade das vagas, desconsiderando-se assim o sistema de cotas estabelecido pela Universidade Federal de Santa Catarina. A UFSC interpôs recurso contra essa decisão, que foi parcialmente reformada. A desembargadora entendeu que as universidades possuem autonomia para criarem a sua política de cotas, mas os percentuais das cotas devem ser razoáveis.

A UFSC tinha estabelecido reserva de 20% das vagas para os alunos provenientes do ensino público e 10% das vagas do vestibular para candidatos auto declarados negros, oriundos das instituições públicas¹¹⁵. Segundo a desembargadora, os percentuais são excessivos, pois o censo do IBGE de 2000, indicou que população parda e negra representa 11% do total no Estado de Santa Catarina. Entendeu como razoável a reserva de 10% das vagas para os alunos provenientes do ensino público e 5% das vagas do vestibular para candidatos auto declarados negros oriundos das instituições públicas de ensino. A desembargadora deu parcial provimento ao agravo de instrumento, o que assegurou à impetrante do mandado de segurança o direito de concorrer, conforme os percentuais referidos¹¹⁶.

Essa proporção não deve ser interpretada de forma rígida, tampouco arredondando os percentuais para baixo, já que, se forem observadas as desigualdades sociais da região, quem sabe, possa se chegar a conclusões diferentes. Na dúvida, aliás, por que não presumir que a opção da universidade é legítima para, dentro do princípio da autonomia universitária, decidir o percentual adequado? Se a população negra é 11% da população, qual o motivo para reservar apenas 5%? É o mistério escondido sob a toga da magistrada.

¹¹⁵ Vide Resolução Normativa n. 008/CUN/2007.

¹¹⁶ TRF4, Terceira Turma, *DJU* de 18 jun. 2008, AI 2007.04.00.043456-0/SC, Relatora Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria.

(b) O grau de desigualdade da população negra ou parda também consubstancia fator importante para as cotas. Quanto maior a proporção da minoria discriminada em franca desigualdade de condições, maior pode ser a reserva de vagas. Se a desigualdade não for tão grande, a cota pode ser menor. Esse parâmetro não tem sido utilizado pelas universidades.

(c) A soma entre a reserva de vagas étnicas e meramente sociais não podem tornar praticamente impossível o ingresso de não cotistas¹¹⁷. Significa que deve ser evitada a implementação de um percentual de cotas acentuado, porque pode esvaziar o mérito do vestibular, além de dificultar o emprego de recursos não só para o acesso, mas também a manutenção desses candidatos na universidade.

(d) Programas de suporte para o acesso e manutenção das minorias em maior número legitimam a existência de um percentual menor de vagas reservadas para as minorias. Se em determinada região existir, por exemplo, uma rede ostensiva de bolsas de estudo para afrodescendentes¹¹⁸ e de instituições que cuidem de pré-vestibular comunitário, então, é possível diminuir ou arredondar para baixo o percentual de cotas para negros. A justificativa é que, nesse caso, negros/pardos e brancos estarão mais próximos de uma situação ideal de igualdade. Podem competir em condições paritárias no vestibular ou mesmo manter-se na faculdade, a despeito da desigualdade socioeconômica e cultural original.

(e) Alguns autores defendem que as cotas só seriam válidas se estabelecidas em caráter temporário¹¹⁹. Em realidade, elas só são válidas se forem periodicamente monitoradas para verificação de seus pressupostos. Esse monitoramento passa tanto pela possibilidade de revisar o percentual de cotas quanto por cancelá-lo se desnecessário

¹¹⁷ SOUZA NETO; FERES JUNIOR, 2008, p. 360-362.

¹¹⁸ Um exemplo pontual, mas representativo dessas iniciativas acontece no Instituto Rio Branco que concede bolsas-prêmio no valor de 25.000 reais, por meio de um exame classificatório. Destinam-se a afro-brasileiros, com ensino superior concluído, em dia com as obrigações militares e eleitorais, maiores de dezoito anos com objetivo de custear os estudos preparatórios para o Concurso para Carreira Diplomática, conforme dispôs Edital n. 19/2006, sem exigir comprovação de carência.

¹¹⁹ LEAL, 2005, p. 122.

no local. Para tanto, deve-se averiguar sempre a compatibilidade entre o percentual de negros/pardos e a desigualdade enfrentada pelos eles na região em relação ao percentual de vagas reservadas na universidade. Não basta que sejam estabelecidas em caráter temporário. Deve haver a possibilidade de reajustar o percentual, caso as desigualdades aumentem ou diminuam.

Algumas universidades já adotaram semelhante sistema de monitoramento¹²⁰. Muitas delas não percebem que o percentual de cotas deve e pode variar em função do percentual de quem deve ser beneficiado no local, bem como das desigualdades vivenciadas. Resultado: ora instituem percentuais que variam com base em motivações meramente políticas, ora adotam sistemas temporários de cotas.

7 - Apontamentos finais

Percorrida a história da igualdade brasileira e das ações afirmativas nacionais, esperava-se uma defesa intransigente e emotiva da política de cotas com base numa visão unilateral da igualdade material. Encerrada a avalanche de parâmetros, o previsível não se concretizou. Pelo contrário, resta a sensação de que foi adotada uma postura política *light* que não refuta nem aceita completamente a reserva de vagas. Ao menos desses parâmetros, fica a convicção de que

¹²⁰ A Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) instituiu, por meio da Resolução n. 16/2004, o sistema de cotas por 10 (dez) anos, a partir de 2006 e que, após 3 (três) anos, sofrerá uma revisão deste processo de ingresso. A Universidade Estadual de Goiás (UEG), em razão da Lei n. 14.832, de 2004, elaborou um sistema para 15 anos, cujos percentuais aumentarão gradativamente, com a previsão de um sistema de acompanhamento. A Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS), por meio da Resolução CONSU n. 34/2006, previu cotas por 10 anos com acompanhamento permanente e avaliação anual com uma comissão constituída pelos grupos atendidos pela reserva de vagas, cujo objetivo é acompanhar a política de permanência e elaborar relatórios sobre os resultados das políticas de inclusão. A Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC), por meio da Resolução CONSEPE n. 64/2006, instituiu por 10 anos cotas com acompanhamento permanente e avaliação anual por comissão constituída que poderá rever o percentual. A Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) estabeleceu, por meio da Resolução n. 33/2007, um sistema cotas para alunos da escola pública que deverá ser avaliado de dois em dois anos por um Conselho, até o ano de 2014, ocasião em que será decidido se continuarão.

é possível, a um só tempo, justificar de forma constitucionalmente adequada a mitigação da igualdade formal por meio das cotas na esfera pública brasileira, sem incorrer em ilações retóricas e ativismos judiciais atabalhoados.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Conteúdo jurídico do princípio jurídico da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 661 e ss.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Racismo e papel da universidade. In: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. 3.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ação afirmativa e direito constitucional. Exposição no V Congresso de Direito Constitucional do IDP – 19.11.2002. *Direito Público*, n. 1, 2003, p. 131.

CARDOSO, Fernando Henrique. *Capitalismo e escravidão no Brasil meridional: o negro na sociedade escravocrata do Rio Grande do Sul*. Rio de Janeiro: Terra e Paz, 1997.

CESAR, Raquel Coelho Lenz. *Ação afirmativa no Brasil: é o melhor caminho de acesso à justiça para as minorias raciais?*, 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2005. Mimeo.

FERNANDES, Florestan. *A Integração do negro na sociedade de classes: o legado da raça branca*. São Paulo: Ática, 1978. v. 1.

FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da Justiça. In: SARMENTO, Daniel;

PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala*. São Paulo: Global, 2005.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Discriminação racial e o princípio da igualdade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 36, n. 142, p. 307-323, 1999.

_____. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

IKAWA, Daniela. Direito às ações afirmativas em universidades brasileiras. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KAMEL, Ali. *Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. As diversas cores do Brasil: a inconstitucionalidade de programas afirmativos em que raça seja o único critério levado em consideração. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 60, 2007.

LEAL, Luciana de Oliveira. O sistema de cotas raciais como ação afirmativa no Direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, n. 21, 2005.

MAIO, Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura. Política de cotas raciais, os “olhos da sociedade” e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília (UnB). *Horizontes Antropológicos*, n. 23, p. 181-214, 2005.

NABUCO, Joaquim. *Abolicionismo*. São Paulo: Publifolha, 2000.

PEÑA DE MORAES, Guilherme. Ações afirmativas no direito constitucional comparado. *Revista da Emerj*, n. 23, p. 314, 2003.

PIOVESAN, Flávia. Implementação do direito à igualdade racial. *Revista de Direitos Difusos*, Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, São Paulo, v. 9, 2001.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 15, 1996.

SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel. A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: *Livres e iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia; IKAWA, DANIELA. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 619 e ss.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; FERES JUNIOR, João. Ação afirmativa: normatividade e constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade a subversão do Estado de direito. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.



**SISTEMA DE COTAS: INSTRUMENTO DE
AÇÃO AFIRMATIVA NA CONCRETIZAÇÃO
DA IGUALDADE MATERIAL**

**Maria Eloá da Silva Haas
1º Lugar na Categoria Servidores do MPU**

Sumário

Introdução

1 – O direito fundamental à igualdade

1.1 - O princípio da igualdade

1.2 - Igualdade formal e a não-discriminação

1.3 - Igualdade material e ações afirmativas

2 – Ações afirmativas

2.1 - Aspectos conceituais

2.2 - Ações afirmativas no Direito brasileiro

3 – O sistema de cotas como instrumento de realização de ações afirmativas

3.1 - Pessoas com deficiência: cotas no mercado de trabalho

3.2 - Pessoas com deficiência: reserva de vagas em concursos públicos

3.3 - Sistema de cotas para ingresso no ensino superior: a polêmica instaurada

4 – A intervenção do Ministério Público na proteção jurídica dos direitos das minorias

5 – Conclusão

Referências

Introdução

A discriminação ilícita é uma conduta humana (ação ou omissão) que viola os direitos das pessoas com base em critérios injustificados e injustos, tais como a cor, a raça, o sexo, a sanidade, a opção religiosa e outros.

Esses critérios injustificados são, de maneira geral, fruto de um preconceito, uma opinião preestabelecida ou um senso comum imposto pela cultura, educação, religião, ou seja, pelas tradições de um povo¹, que levou ao surgimento de determinados grupamentos sociais marcados pela desigualdade e pela exclusão social.

A exclusão social consiste numa impossibilidade de poder partilhar, o que leva à vivência da privação, da recusa, do abandono e da expulsão de um conjunto significativo da população, estando presente nas várias formas de relações econômicas, sociais, culturais e políticas da sociedade brasileira. Esta situação de privação coletiva inclui pobreza, discriminação, subalternidade, não-equidade, não acessibilidade, não-representação pública.

A exclusão ainda tem permeado o cotidiano de determinados grupos, como o dos homossexuais, dos negros, dos idosos e das pessoas com deficiência.

Ações afirmativas consistem em medidas públicas e/ou privadas, coercitivas ou voluntárias, implementadas com vistas na promoção da inclusão social, jurídica e econômica de indivíduos ou grupos sociais/étnicos tradicionalmente discriminados por uma sociedade, objetivando corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado e possibilitando a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.

As políticas de ações afirmativas guardam íntima relação com o princípio da igualdade, alçado à categoria de direito fundamental pela nossa Constituição Federal², tendo originado-se da necessidade de o Estado levar em consideração fatores que histórica e cultural-

¹ CRUZ, 2003, p. 41.

² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...].

mente foram determinantes da exclusão, tais como cor, sexo, raça, sanidade, criando meios de prover o acesso desses grupos ao mercado de trabalho e às instituições de ensino.

As ações afirmativas não se restringem à inclusão de pessoas negras na sociedade, mas se aplicam também a outros grupos minoritários, como mulheres, pessoas com deficiência, idosos e crianças, sendo o sistema de cotas o maior instrumento de realização de política de tais ações.

1 - O direito fundamental à igualdade

1.1 - O princípio da igualdade

A pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir³.

A ideia de igualdade no Estado Democrático de Direito não se resume à isonomia formal.

A igualdade, princípio jurídico-filosófico cultivado e disseminado a partir das revoluções políticas dos séculos XVII e XVIII, a exemplo do princípio da liberdade ou da autonomia individual, constitui um dos pilares da democracia moderna e um componente essencial da noção de Justiça.

A ideia de igualdade vincula-se intimamente com a de democracia; não é possível falar de democracia sem abordar a questão da igualdade, uma vez que se trata de princípio norteador da discussão de como se compreender o Estado Democrático de Direito. Contudo, para que se possa melhor compreender a ideia de igualdade, é fundamental examinar a sua evolução a partir dos paradigmas anteriores.

No paradigma medieval, a desagregação do poder temporal romano, motivado pelas invasões bárbaras, implicou a construção de

³ ARENDT, 1991.

um direito consuetudinário oriundo das tradições de cada um dos povos. Os direitos e obrigações que regiam a vida dos indivíduos eram determinados por sua condição social, que era fixada pelo nascimento. Desse modo, aos filhos de um servo e aos filhos de um senhor/suserano passavam as relações estamentais vivenciadas pelas gerações anteriores, cada um deles herdava os direitos e obrigações de seus pais; os servos, o direito à segurança e a obrigação de bem servir, e os senhores, o direito sobre a pessoa do servo. A noção de direito natural encontrava-se estritamente ligada à noção de direito de nascença.

No período do Constitucionalismo Clássico, a igualdade era um conceito meramente formal e abstrato, que se resumia ao fim dos privilégios feudais, significando que todos deviam igualmente arcar com os tributos e que cada indivíduo poderia livremente acertar as condições do seu contrato de trabalho.

Kant, expoente do pensamento filosófico do paradigma liberal, expressa-se no sentido de afastar a concepção geométrica da igualdade medieval ao adotar uma visão aritmética dessa igualdade, conferindo tratamento igualitário a todos os componentes da comunidade. Assim vejamos:

Cada membro desse corpo deve poder chegar a todo o grau de uma condição (que pode advir a um súdito) a que o possam levar o seu talento, a sua atividade e a sua sorte, e é preciso que os seus co-súditos não surjam como um obstáculo no seu caminho, em virtude de uma prerrogativa hereditária (como privilegiados numa certa condição) para o manterem eternamente a ele e a sua descendência numa categoria inferior a deles. [...] Não pode haver nenhum privilégio inato de um membro do corpo comum, enquanto co-súdito sobre os outros e ninguém pode transmitir o privilégio do estado que ele possui no interior da comunidade aos seus descendentes⁴.

Esse período consagra o reconhecimento racional de aspectos básicos universalmente considerados necessários à realização do ser

⁴ KANT, 1988, p. 77-78.

humano, pois, pela primeira vez na história da humanidade, a lógica das necessidades coletivas cedeu espaço às prioridades individuais.

O advento do paradigma liberal representou algo sem paralelo para a humanidade, pois o conceito de coletividade é imanente ao ser humano. Tribos, clãs, cidades-estado sempre colocaram o homem na condição de súdito em face das necessidades coletivas. Somente a partir do momento em que o humanismo renascentista e o iluminismo francês adotaram uma postura antropocêntrica é que a sociedade e o estado veem subvertidos seu fundamento de legitimidade. O respeito aos direitos humanos toma o lugar dos imperativos de sobrevivência (pré-história) e dos direitos divinizatórios dos monarcas (antiguidade) como substrato do poder político)⁵.

Conforme Bobbio:

A era dos direitos é [...] o tema [...] do significado histórico – ou melhor, filosófico-histórico – da inversão característica da formação do estado moderno, ocorrida na relação entre Estado e cidadãos: passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominante do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional⁶.

Deve-se reconhecer a gênese de tal inversão axiológica às chamadas guerras religiosas. A insatisfação popular com os abusos cometidos pela Igreja Católica trouxe como consequência a adesão de parcela significativa dos europeus às teses da reforma luterana. Martinho Lutero era um monge alemão que criticava a pompa e os desmandos da Igreja Católica da época.

A importância desses eventos foi fundamental para a compreensão das ideias libertárias do século XVIII. Pela primeira vez, o homem viu reconhecidos os seus direitos individuais. A igualdade deixou definitivamente seu aspecto geométrico, que distinguia os homens em castas, impondo privilégios em razão do nascimento, e estabelece-se

⁵ CRUZ, 2003, p. 6-7.

⁶ BOBBIO, 2004, p. 2-3.

uma forma aritmética. A partir de então, todos seriam igualmente tratados pela lei.

Consigne-se que é na Revolução Francesa que se formaliza a ideia jurídica de igualdade, inserta na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Posteriormente, com o movimento constitucionalista que grassou o mundo, o ideal de igualdade passou a ter lugar cativo nas Constituições modernas.

A despeito dos ideais revolucionários do século XVIII, o fruto deste arquétipo constitucional ao longo do século XIX foi a consolidação de um regime capitalista e uma exploração do homem pelo homem nunca vista na história da humanidade. Apesar do notável progresso tecnológico observado na eclosão da Segunda Revolução Industrial, nunca se viu tamanha concentração de capitais nas mãos de tão poucos.

Esta é a época da formação de grandes conglomerados econômicos e financeiros, que fez surgir os cartéis, trustes e monopólios com a formação de condições aviltantes aos trabalhadores, como jornada de trabalho diária de 16 a 18 horas; velhos, crianças e mulheres em rodízio nos postos de trabalho; remunerações indignas, levando milhares à faixa da miséria; repressão policial contra qualquer organização de protestos; acidentes de trabalho encurtando a vida útil de milhares; ausência de descanso semanal remunerado e férias.

O Constitucionalismo Social, consolidado pela Carta de Weimar, surgiu como reação às mencionadas injustiças. A partir daquele momento, a igualdade sustenta-se na garantia dos direitos econômicos e sociais, coletivos ou difusos. A intervenção estatal, rejeitada na visão liberal, passou a ser reclamada com o fito de garantir e prover os direitos trabalhistas, previdenciários, sanitários e assistenciais, entre outros. Assim, o indivíduo tornou-se credor de prestações positivas do Estado, que transformou-se em provedor de tudo e de todos. Os cidadãos tornam-se clientes de prestações positivas do Estado.

O paradigma social do direito consolidou a perspectiva de tratamento privilegiado do hipossuficiente econômica e socialmente, dando uma coloração distinta ao princípio da igualdade, como concebido pelos revolucionários franceses.

A igualdade deixa seu aspecto meramente formal, assumindo uma concepção material⁷ e inovadora, permitindo a consecução da máxima: “Tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade”.

Avançando significativamente, depara-se com um novo Constitucionalismo cuja síntese alterou sensivelmente o princípio da igualdade, passando a centrar-se no princípio da dignidade humana. A pessoa humana não pode mais ser vista de forma abstrata e distante, tornou-se um ser concreto e palpável. O programa normativo particulariza-se na defesa dos hipossuficientes, especialmente, das minorias étnicas e sociais.

Por conseguinte, a preocupação atual volta-se para o respeito aos direitos humanos em função das particularidades individuais e coletivas dos diferentes grupamentos humanos que se distinguem por fatores como a origem, o sexo, a opção sexual, a raça, a idade, a sanidade, a realização.

O pluralismo eleva-se à condição de princípio indissociável da ideia de dignidade humana, a exigir do Estado e da sociedade a proteção de todos os “outros” diferentes de nós por algum dos aspectos supramencionados.

1.2 - Igualdade formal e a não-discriminação

Foi a partir das revoluções francesa e americana que se edificou o conceito de igualdade perante a lei, uma construção jurídico-formal segundo a qual a lei genérica e abstrata deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas.

O princípio da igualdade formal realiza-se na perspectiva de ser vedado às autoridades estatais negar o direito vigente em favor ou às custas de algumas pessoas. Conforme Roger Raupp Rios, “neste sentido negativo, a igualdade não deixa espaço senão para a aplicação absolu-

⁷ “A igualdade jurídica material não consiste em um tratamento sem distinção de todos em todas as relações. Senão, só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual” (HESSE, 1998, p. 330).

tamente igual da norma jurídica, sejam quais forem as diferenças e as semelhanças verificáveis entre os sujeitos e as situações envolvidas”⁸.

A igualdade formal refere-se ao Estado visto sob sua natureza formal, na medida de ser a igualdade perante a lei a preocupação e o comando legal do tratamento igualitário sem aferições sobre qualidades ou atributos pessoais dos destinatários da norma. Resulta da perspectiva política do Estado de Direito, que é fundado no sentido da lei igual para todos.

Sob seu aspecto formal, portanto, o princípio da igualdade serve à repressão de atos impróprios, mas não chega a inspirar ações a serem tomadas no sentido de aplacar disparidades sociais. Nesse sentido é que se diz que se trata de um princípio negativo, na medida em que desqualifica o tratamento desigual pela lei, mas não propugna pela aplicação de comportamentos concretos, úteis para a reversão de situações de desnível no gozo efetivo de bens e direitos.

Intimamente relacionada com esse caráter eminentemente formal do princípio da igualdade está a proibição de práticas diferenciadoras injustificadas, ou seja, a prática de discriminações arbitrárias. Por isso, falar do princípio da igualdade envolve, necessariamente, abordar o princípio da não-discriminação, o qual surge como sua concretização ou reflexo. Assim, a maioria dos textos constitucionais disciplina, de maneira conjunta e inafastável, tanto o princípio da igualdade como o princípio da não-discriminação, especialmente voltado para matérias como o sexo, a raça, a religião, a sanidade, as condições sociais e econômicas e as ideologias do homem.

1.3 - Igualdade material e ações afirmativas

O princípio da igualdade perante a lei, por algum tempo, foi identificado como a garantia da concretização da liberdade, de modo que bastaria a simples inclusão da igualdade no rol dos direitos fundamentais para tê-la como efetivamente assegurada no sistema constitucional. Nesses moldes, o princípio da igualdade, em termos concretos, constituía-se numa mera ficção, uma vez que se resumia e se satisfazia com a ideia de igualdade meramente formal.

⁸ Rios, 2002, p. 38.

Conforme Bobbio⁹, a igualdade nos direitos é mais do que a simples igualdade perante a lei como exclusão de qualquer discriminação não justificada: significa o igual gozo, por parte dos cidadãos, dos direitos fundamentais constitucionais assegurados.

As cartas constitucionais dos países democráticos, entre os quais se inclui o nosso sistema jurídico, têm como um dos objetivos do Estado, além de declarar a igualdade, a persecução concreta e eficaz desta, vetando expressamente toda e qualquer forma de discriminação, como estabelece o artigo 3º, IV, da Constituição Federal¹⁰. Portanto, o princípio da igualdade constitucionalmente informa o sistema para a busca da igualdade material, qual seja, a promoção da isonomia no contexto da diferença, indo muito além da mera proibição da discriminação.

A aplicação concreta do princípio da igualdade implica, pois, um juízo necessário de comparação entre duas ou mais pessoas, categorias ou situações, permitindo, a partir desse juízo de comparação, o tratamento diferenciado de um em relação ao outro, sempre que a situação concreta assim o exigir.

Dessa forma, percebeu-se que o princípio da isonomia necessitava de instrumentos para promover a igualdade jurídica, uma vez que a simples igualdade de direitos, por si só, mostrou-se insuficiente para tornar acessíveis aos indivíduos socialmente desfavorecidos as mesmas oportunidades de que usufruíam os socialmente privilegiados. Para que o princípio da igualdade alcançasse a efetividade, haveria de se considerar em sua operacionalização, além de certas condições fáticas e econômicas, também certos comportamentos inevitáveis da convivência humana. Daí surgiu o conceito de igualdade material, que se desprendia da concepção formalista de igualdade, passando a considerar as desigualdades concretas existentes na sociedade, de forma a tratar de modo dessemelhante situações desiguais.

⁹ BOBBIO, 1992b, p. 70.

¹⁰ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Mello aduz que:

A Lei não deve 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 vigentes¹¹.

A visão da igualdade material vem complementar a sua visão meramente formal, não bastando, agora, que a lei declare que todos são iguais, mas devendo propiciar mecanismos eficazes para a consecução da igualdade.

Com a disseminação da ideia de igualdade de oportunidades, norteadas pela necessidade de extinguir ou ao menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e promover a justiça social, começaram a brotar em diversos ordenamentos jurídicos e também no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos políticas sociais de apoio e de promoção de determinados grupos socialmente fragilizados, agora vistos como sujeitos concretos, historicamente situados.

Esse indivíduo, particularmente considerado, é o alvo dessas políticas sociais que, em verdade, referem-se a tentativas de concretização da igualdade material e denominam-se “ações afirmativas”.

A discussão doutrinária envolve o caráter reparatório das ações afirmativas, as quais, segundo esse entendimento, estariam relacionadas ao ressarcimento de prejuízos causados no passado a certos grupos, enquanto, sob sua ótica distributiva, vêm centradas na melhor distribuição de vantagens entre os excluídos, mormente no que tange às oportunidades de educação e emprego¹².

Assim, o Estado de Direito Social parte da noção de que o Estado não pode ficar parado, como um mero árbitro que observa o desenvolvimento das forças de mercado, numa situação neutra, a sua função passa a ser outra, a de um agente atuante, transformador da realidade social, econômica e cultural, devendo agir no sentido de corrigir as

¹¹ MELLO, 2003, p. 10.

¹² MADRUGA, 2005, p. 19.

desigualdades fáticas existentes entre os seres humanos, impondo-se a adoção, para esse fim, das denominadas ações afirmativas, que visam alcançar a igualdade material. Evidentemente, a adoção das ações afirmativas não dispensa – ao contrário, exige – a implementação de políticas mais gerais e mais amplas visando promover a igualdade material, já que, via de regra, as ações afirmativas são pontuais e restritas, utilizadas naquelas situações em que a desigualdade material é tão urgente e evidente que não mais pode esperar¹³.

Dessa forma, aparecem como centrais nas políticas de ações afirmativas aquelas medidas que objetivam preparar, estimular e promover a ampliação da participação dos grupos discriminados nos diversos setores da vida social, especialmente nas áreas de educação e mercado de trabalho.

2 - Ações afirmativas

2.1 - Aspectos conceituais

Ações afirmativas consistem em medidas públicas e/ou privadas, coercitivas ou voluntárias, implementadas com vistas na promoção da inclusão social, jurídica e econômica de indivíduos ou grupos sociais/étnicos tradicionalmente discriminados por uma sociedade, objetivando corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado e possibilitando a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.

Dworkin informa que: “Todo cidadão tem o direito constitucional de não sofrer desvantagem, pelo menos na competição por algum benefício público, porque a raça, religião ou seita, ou outro grupo natural ou artificial ao qual pertença é objeto de preconceito ou desprezo”¹⁴.

Menezes assevera que:

¹³ SOUSA, 2006, p. 81-83.

¹⁴ DWORKIN, 2001, p. 448.

A Ação Afirmativa tem por finalidade implementar uma igualdade concreta (igualdade material), no plano fático, que a isonomia (igualdade formal), por si só, não consegue proporcionar. Por esse motivo, observa-se que os programas de ação afirmativa normalmente são encontrados em países que, além de consagrarem a igualdade perante a lei, também reprimem, quase sempre no âmbito penal, as práticas mais comuns de discriminação. Portanto, até no aspecto temporal, a ação afirmativa normalmente apresenta-se como um terceiro estágio, depois da isonomia e da criminalização de práticas discriminatórias, na correção de distorções sociais¹⁵.

Segundo informa Joaquim Barbosa Gomes¹⁶, as ações afirmativas, em um primeiro momento, instigaram, encorajaram as autoridades públicas, sem obrigá-las a tomar decisões em prol de grupos flagrantemente excluídos, levando em conta raça, cor, sexo e origem nacional das pessoas, fatores que, até então, consideravam-se irrelevantes. A pressão organizada desses grupos evidenciou as injustiças e impulsionou o estímulo a políticas públicas compensatórias de acesso à educação e ao mercado de trabalho.

As ações afirmativas são programas que pretendem promover a igualdade de oportunidades, “transformando a função estática do princípio igualitário inserido na lei em uma função ativa”¹⁷. Assim, as ações afirmativas revelam não apenas um marco equivocado de discriminação havida no passado em relação a determinados grupos sociais, mas uma transformação presente que marca um novo sinal de perspectivas futuras.

Chega-se, assim, a conclusão de que as ações afirmativas contêm elementos concernentes à compensação, à mobilização de grupos privados, à proatividade do Estado na direção dessa compensação e à materialização da igualdade real e concreta.

Agir afirmativamente significa sair da situação de imparcialidade na qual se encontrava o Estado Liberal clássico para realizar algo de positivo quanto à desigualdade dos grupos discriminados, podendo

¹⁵ MENEZES, 2001, p. 29.

¹⁶ GOMES, 2001, p. 39.

¹⁷ BARROS, 1995, p. 175.

isso ocorrer de diversas maneiras, como, por exemplo, por meio de benefícios fiscais, de programas de inclusão e das cotas.

2.2 - Ações afirmativas no Direito brasileiro

O tema isonomia sempre foi previsto em nossos textos constitucionais, que o trataram com maior ou menor profundidade. Desde a nossa Constituição Imperial de 1824¹⁸, antes mesmo de fazê-lo a Constituição norte-americana, já se previa o princípio da igualdade perante a lei.

Todavia, foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, a chamada “constituição cidadã”, que alterou esse panorama, evidenciando a necessidade de mudança de rumo no alcance dado até então ao princípio da igualdade, num sentido meramente formal. Assim, o maior exemplo de ação afirmativa encontra-se no objetivo fundamental da República do artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, quando menciona promover o bem de todos, sem preconceitos de quaisquer formas de discriminação, significando a universalização da igualdade, o que somente será possível com uma atitude ativa, positiva e afirmativa.

3 - O sistema de cotas como instrumento de realização de ações afirmativas

O sistema de cotas, ou reserva normativa de oportunidades destinadas a determinados grupos sociais historicamente desiguais, não se afigura como novíssimo instituto jurídico, como faz crer o ineditismo fomentado pelos longos debates sociais que se travam nas ruas, passando pelas universidades até avançar ao Congresso Nacional. O referido sistema teve por seu nascedouro o direito estadunidense, na década de 1960, a partir de leis de direitos civis e políticos, sendo que tal fato resultou, dentre outros fatores, da luta firmada pelo movimento negro, tendo Martin Luther King como o seu principal mártir.

No Brasil, a ideia de “política afirmativa” foi importada somente em 1990, a partir da reserva de vagas em favor do acesso aos cargos

¹⁸ Art. 179, XIII: “a lei será igual para todos, quer proteja quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”.

públicos para aquelas pessoas com deficiência, consoante dispõe o art. 5º, § 2º, da Lei n. 8.112/1990, regulamentando o disposto no art. 37, VIII, da Constituição Federal.

No caminho traçado pelo constituinte originário, foi consignado o primeiro sistema de cotas do direito pátrio, qual seja, o art. 93 da Lei n. 8.213/1991, que fixa cotas obrigatórias no âmbito privado das relações de trabalho.

Na mesma linha, o sistema de cotas para ingresso no ensino superior pode ser explicado por meio do amadurecimento político no trato das questões raciais. De fato, a criação de mecanismos para o combate à discriminação racial mediante a adoção de políticas de ação afirmativa só aconteceu após os desdobramentos da Conferência de Durban e da Marcha Zumbi dos Palmares. Até então, muito pouco tinha sido feito com o objetivo de combater a discriminação racial no Brasil.

Assim, observa-se que a evolução aponta um direcionamento no que tange ao sistema de cotas, tendo por escopo contribuir para a efetivação dos direitos trabalhistas, passando, agora, ao direito à educação.

3.1 - Pessoas com deficiência: cotas no mercado de trabalho

Nas seções das indústrias há postos para todos, e se a indústria estiver devidamente organizada, haverá nela mais lugares para cegos, do que cegos para lugares. O mesmo se pode dizer em relação aos outros deficientes físicos [...] se o trabalho fosse convenientemente dividido, não faltaria lugar onde homens fisicamente incapacitados pudessem desempenhar perfeitamente um serviço e receber, por conseguinte, um salário completo. Economicamente, fazer dos fisicamente incapacitados um peso para a humanidade é o maior despautério, como também ensiná-los a fazer cestos ou qualquer outro mister pouco rendoso, com o fim de preveni-los contra o desânimo (texto de Henry Ford, de 1925, transcrito por Tereza Costa d'Amaral em publicação no jornal O Globo, em 3.9.1999)¹⁹.

¹⁹ MENDONÇA, 2003.

As pessoas com deficiência têm dificuldades adicionais para a vida em sociedade, seja em função de dificuldade de locomoção, seja por potencialidades especiais, não corriqueiramente aceitas no mercado de trabalho ou no relacionamento social. Por esse motivo, são cidadãos destinatários de ações positivas da sociedade e do Estado para o pleno exercício de seus direitos fundamentais.

O direito ao trabalho é um dos mais importantes direitos humanos de segunda geração, também denominados de direitos prestacionais, os quais impõem um dever de ação ao Estado, consistente em uma atividade positiva, o que lhe garante a necessária efetividade.

Dada a sua importância, o direito ao trabalho é previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁰, no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²¹, e é a principal base das normas da Organização Internacional do Trabalho (OIT), organismo internacional especializado na matéria.

Às pessoas com deficiência, assim como a todo cidadão brasileiro, é constitucionalmente garantido o direito ao trabalho, cujo valor social constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (Constituição Federal, art. 1º, inciso IV).

O art. 7º da Constituição Federal, além de prever os direitos trabalhistas garantidos a todos os trabalhadores, consagrou a proteção para as pessoas com deficiência no inciso XXXI: “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”.

Durante muito tempo, as pessoas com deficiência estiveram em situação de manifesta sujeição, chegando a configurar-se uma condição de marginalidade.

Foi somente a partir de 1999 que se passou a observar as movimentações maciças de inclusão de pessoas com deficiência no

²⁰ Artigo 23 Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

²¹ Artigo 6. Os Estados Signatários do presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa de ter a oportunidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido e aceito, e tomarão as medidas adequadas para garantir este direito.

mercado de trabalho, devido à expedição do Decreto n. 3.298/1999, regulamentando a Lei n. 7.853/1989, a qual dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para integração da pessoa com deficiência, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público e define crimes.

No setor privado inexistente previsão constitucional de reserva de postos de trabalho em benefício das pessoas com deficiência. Todavia, a legislação infraconstitucional ocupou-se do tema por meio da Lei n. 8.213/1991, que, no seu art. 93, estabeleceu a obrigatoriedade de as empresas com 100 (cem) ou mais empregados disponibilizarem uma parcela de seus cargos para pessoas com deficiência.

Tal cota depende do número geral de empregados que a empresa tem no seu quadro, na seguinte proporção:

I – de 100 a 200 empregados	2%
II – de 201 a 500 empregados	3%
III – de 501 a 1000 empregados	4%
IV – de 1001 em diante	5%

Na contratação ou na dispensa de empregado com deficiência não existe forma especial a ser observada, pois não há previsibilidade legal de estabilidade. A comprovação da condição de pessoa com deficiência deve ser feita mediante a empresa por meio de laudo médico, atestando enquadramento legal do empregado para integrar a cota, de acordo com as definições estabelecidas no diploma legal, o Decreto n. 3.298/1999, com as alterações dadas pelo Decreto n. 5.296/2004.

No tocante à obrigatoriedade, verifica-se que esta atinge todas as pessoas jurídicas de direito privado, como sociedades empresariais, associações, sociedades e fundações que admitem trabalhadores como empregados.

Aos auditores fiscais do trabalho cabe a fiscalização das empresas no que se refere ao cumprimento da legislação referente ao trabalho das pessoas com deficiência, conforme estabelecido no art. 36, § 5º, do Decreto n. 3.298/1999.

A título de esclarecimento, registre-se que existe um sítio específico para cadastramento de currículos e anúncio de vagas para pessoas com deficiência, cujo endereço é <www.deficienteonline.com.br>²².

Abaixo, o artigo da jornalista Leandra Migotto Certeza ilustra o nível de satisfação de empresários com a contratação de pessoas com deficiência:

*Empresários descobrem potencial das pessoas
portadoras de deficiência*

A experiência da metalúrgica Corneta na contratação de pessoas com deficiência foi o destaque do encontro sobre inclusão no mercado de trabalho, realizado no Centro das Indústrias do Estado de São Paulo Ciesp/Osasco, dia 25 de novembro. Mais de 80 pessoas, das quais 30 empresas e 15 ONGs e/ou representantes de sindicatos, acompanharam os depoimentos de profissionais engajados com a inclusão social, como Marco Aurélio Silvestre, líder de inspeção, e Sidnei Fernandes Chagas, do setor de treinamento da metalúrgica. Ambos estão satisfeitos por terem admitido funcionários com deficiência auditiva desde julho, e com deficiência mental desde agosto. “Esses funcionários são pontuais, não saem mais cedo do expediente, encaram o trabalho com dedicação, e conseguiram se integrar perfeitamente com os demais colaboradores”, afirmou Marco Aurélio.

Hoje, dos 615 funcionários da empresa, 25 possuem deficiência. “Mais do que cumprir a Lei 8.213/91, estamos ‘humanizando’ o ambiente ‘pesado’ de uma linha de produção. Além do mais, conseguimos resolver os problemas com a inspeção de peças, pois os deficientes mentais são muito atenciosos, pacientes, e dificilmente deixam uma falha passar para o cliente. Eles se concentram naquilo que estão fazendo”, comentou Sidnei²³.

²² Sua empresa precisa de profissionais com deficiência? Anuncie suas vagas aqui. Disponível em: <<http://www.deficienteonline.com.br/principal/home/>>. Acesso em: 14 abr. 2008.

²³ CERTEZA, 2008.

Assim, conclui-se que as pessoas com deficiência têm potencial para exercer o direito humano ao trabalho e nesse mister mostram-se pessoas responsáveis e comprometidas com seu ofício.

3.2 - Pessoas com deficiência: reserva de vagas em concursos públicos

Constitui-se num dever constitucional, do poder público e da sociedade, a implementação de ações visando à plena inclusão social da pessoa com deficiência, de acesso aos diversos direitos, desde o mais elementar, ir e vir, até saúde, educação, trabalho e plena cidadania – e, coroando os dois últimos, o art. 37, inciso VIII, da Constituição Federal²⁴, na qual o constituinte cuidou de reservar parte das vagas existentes em cargos e serviços públicos para as pessoas com deficiência.

Trata-se de típica reserva de mercado às pessoas com deficiência.

Dando concretização ao preceito constitucional, a Lei n. 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico único dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, estabelece no art. 5º, § 2º, que: “As pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que sejam portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20 por cento das vagas oferecidas no concurso”.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que a lei não pode afastar a reserva de vagas para as pessoas com deficiência no seu Recurso Extraordinário n. 227.299-MG:

CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGAS PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. ARTIGO 37, INCISO VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

A exigência Constitucional de reserva de vagas para portadores de deficiência em concurso público se impõe ainda que o percentual legalmente previsto seja inferior a um, hipótese em que a fração deve ser arredondada. Entendimento que garante

²⁴ A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

eficácia do art. 37, inciso VIII, da Constituição Federal, que, caso contrário, restaria violado. Recurso conhecido e provido²⁵.

O candidato que pretende concorrer pela reserva de vagas, no momento da sua inscrição, além dos documentos comuns, deve apresentar laudo médico atestando a espécie e o grau da deficiência. As provas podem ser adaptadas para as pessoas com deficiência, não quanto ao conteúdo, pois todos os candidatos têm que concorrer em igualdade de condições, não havendo também distinções no tocante à avaliação e aos critérios de aprovação, ao horário e local da aplicação das provas, e à nota mínima exigida para todos os demais candidatos. Entretanto, deve haver a previsão de adaptação das provas naquilo que não for essencial ao desempenho da função, como provas impressas em braile, auxílio de leitor, uso de equipamento especial etc.

Quanto ao resultado final do concurso, determina o art. 42 do Decreto n. 3.298/1999 que a sua publicação seja feita em duas listas, devendo a primeira conter a pontuação de todos os candidatos, até mesmo a das pessoas com deficiência, e a segunda somente a pontuação destes últimos. Dessa forma, percebe-se que a legislação infraconstitucional ao determinar listagem própria para as pessoas com deficiência fez com que estes participem do concurso de maneira diferenciada, sendo uma espécie de concurso dentro do outro, com as mesmas regras, porém as pessoas com deficiência concorrendo a vagas que lhes são exclusivas²⁶.

Em entrevista concedida, Maria Aparecida Gugel, subprocuradora-geral do Trabalho, ao ser perguntada sobre a quantidade de vagas reservadas, aduz que a conhecida lei dos servidores, a Lei n. 8.112/1990, dispõe que serão reservadas até 20% das vagas em concursos públicos. Segundo ela, a reserva deveria ser sempre no percentual máximo, pois assim atenderia à grande demanda e cumpriria a ação afirmativa da Constituição [...]²⁷.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Concurso Público. Reserva de vagas para portadores de deficiência. Artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal. Recurso Extraordinário n. 227.299-MG. Relator: Ministro Ilmar Galvão, 14.6.2000. DJ de 6 out. 2000.

²⁶ FÁVERO, 2004, p. 128-133.

²⁷ COTTA, 2007.

Na prática, a efetividade de tais direitos vem sendo cobrada pela ação das Delegacias Regionais do Trabalho e, particularmente, do Ministério Público do Trabalho, e pelo recebimento de contínuas denúncias de abusos formuladas por organizações não-governamentais ligadas aos direitos das pessoas com deficiência.

O direito das pessoas com deficiência a uma igualdade de oportunidades, no tocante a todos os aspectos de uma cidadania plena, é evidenciado, também, na questão da acessibilidade, transformado em direito fundamental das pessoas com deficiência por meio do art. 227, § 2º, da Constituição Federal²⁸.

O principal problema enfrentado pelas pessoas com deficiência diz respeito à locomoção. Muitas cidades não foram planejadas tendo em mente a necessidade de mobilidade e segurança das pessoas com deficiência.

Nesse sentido, assinala Araujo:

Dentro do cenário das políticas públicas é preciso introduzir a política de acessibilidade; não é possível pensar em uma cidade que não se proponha a rever seu planejamento discutindo programas/ações com metas para facilitar a circulação, a interação, promovendo a inclusão das pessoas com deficiência e aquelas com mobilidade reduzida, que por conta de alguma limitação temporária ou da idade se veem limitadas. É preciso compreender que faz parte da implantação do processo de democratização da sociedade brasileira a criação de espaços construídos ou edificações urbanas sem barreiras²⁹.

É na escassez de coletivos adaptados que se encontra a maior penalidade que se poderia impor às pessoas com deficiência: a segregação, o isolamento social, de tal ordem que lhes nega o direito de ir e vir.

Essa preocupação com a adaptação dos coletivos foi objeto do Decreto n. 3.956/2001 do Executivo Nacional, que promulgou a

²⁸ “A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência”.

²⁹ ARAUJO, 2005, p. 9-10.

“Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência”.

Sobre o tema da acessibilidade nos meios de transporte coletivo para as pessoas com deficiência, deve ser ressaltada a importância do manual de Inclusão de Pessoas com Deficiência, elaborado pelo Grupo de Trabalho “Inclusão para Pessoas com Deficiência”, da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC), o qual estabeleceu um cronograma de adaptação que fixa prazo para que toda a frota destinada ao transporte coletivo rodoviário em circulação e seus equipamentos deverão estar acessíveis.

3.3 - Sistema de cotas para ingresso no ensino superior: a polêmica instaurada

A polêmica desencadeada com a adoção de política de integração racial nas universidades públicas, como forma de assegurar a educação como direito social fundamental, segundo prevê o artigo 6^o da Constituição Federal, tornou (mais) visível a falácia de se afirmar que não há discriminação no “cadinho de raças” de que se compõe a nação brasileira.

A proposta de criar cotas para facilitar a admissão e aumentar a participação de negros nas universidades brasileiras teve o mérito de expor e colocar em debate a gravíssima questão da discriminação racial e da desigualdade educacional que envergonha a sociedade brasileira³⁰.

O governo criou a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República (SEPPIR) por meio da medida provisória convertida na Lei n. 10.678 de 23.5.2003, mas, mesmo antes dessa ou de qualquer outra medida oficial, a instituição do sistema de cotas para ingresso no ensino superior, em vez de lograr obter a unanimidade ou a adesão expressiva do movimento negro, de entidades de direitos humanos, de juristas, de sociólogos, de antropólogos e da sociedade em geral, instaurou acirrada discussão quanto à sua legalidade, necessidade, conveniência e, mesmo entre os

³⁰ DURHAM, 2003, p. 3.

próprios beneficiários, quanto aos critérios de definição (percentuais, biótipo/fenótipo, renda máxima etc.), debate que a cada dia mais se intensifica nos meios jurídicos e de comunicação de massa, sem que se vislumbre, até o momento, perspectiva de solução e adequada justificativa para tais políticas de inclusão ou ações afirmativas³¹.

A “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola” constitui-se em princípio estabelecido no art. 206, I, da Constituição Federal³².

É inegável que, no momento do vestibular, os estudantes egressos de escolas públicas encontram-se em franca desvantagem em relação aos estudantes advindos de escolas particulares, nas quais a qualidade do ensino é sabidamente superior.

Um dos maiores defensores das ações afirmativas, o ministro Joaquim B. Barbosa Gomes, ao discorrer sobre as desigualdades no acesso à educação, refere que a exclusão social, da qual os negros são vítimas no Brasil, deriva de fatores como o vestibular, que exclui os socialmente fragilizados, de sorte a permitir que os recursos públicos destinados à educação sejam gastos em benefício de poucos.

Aduz o ministro:

Esta é, pois, a chave para se entender por que existem tão poucos negros nas universidades públicas brasileiras, e quase nenhum nos cursos de maior prestígio e demanda: os recursos públicos são canalizados massivamente para as classes mais afluentes, restando aos pobres (que são majoritariamente negros) “as migalhas” do sistema.

Este é o aspecto perverso do sistema educacional brasileiro. Os negros são suas principais vítimas. E este é, sem dúvida, um problema constitucional de primeira grandeza, pois nos remete à noção primitiva de democracia, a saber: em que, por quem e em benefício de quem são despendidos os recursos financeiros da Nação.

³¹ THOMÉ, 2008, p. 6.

³² Art. 206 O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.[...].

Agir “afirmativamente” significa ter consciência desses problemas e tomar decisões coerentes com o imperativo indeclinável e remediá-los. Além da vontade política, que é fundamental, é preciso colocar de lado o formalismo típico da nossa práxis jurídico-institucional e entender que a questão é de vital importância para a legítima aspiração de todos de que um dia o País se subtraia ao opróbrio internacional a que sempre esteve confinado, e ocupe o espaço, a posição e o respeito que a sua história, o seu povo, suas realizações e o seu peso político e econômico recomendam.

No plano estritamente jurídico (que se subordina, a nosso sentir, à tomada de consciência assinalada nas linhas anteriores), o Direito Constitucional vigente no Brasil é perfeitamente compatível com o princípio da ação afirmativa. Melhor dizendo, o Direito Brasileiro já contempla algumas modalidades de ação afirmativa, inclusive em sede constitucional³³.

Diante de tantas discrepâncias notoriamente existentes, a implementação do sistema de cotas pelas universidades mostra-se não só possível como necessária, uma vez que não pode o Estado, por meio de suas instituições, continuar assumindo a clássica postura de neutralidade, empreendendo esforços para a efetiva universalização do acesso à educação.

De outra banda, a autonomia das universidades decorre de mandamento constitucional, como informa o art. 207: “As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”.

Trata-se de norma de aplicação imediata e eficácia plena, a qual “confere à universidade o poder de se autodeterminar, desde que tal autodeterminação não exorbite da ordem jurídica democrática vigente em nosso país”³⁴.

Quanto aos critérios de implantação do sistema de cotas, nota-se que diversos têm sido os percentuais, fórmulas e critérios adotados por instituições superiores de ensino na seletividade de beneficiários

³³ GRUPO DE TRABALHO DISCRIMINAÇÃO, 2008, p. 444.

³⁴ BASTOS; MARTINS, 1998, p. 471.

dos sistemas de cotas, sendo mister atentar à autonomia universitária, acima referida.

O critério mais usado pelas instituições consiste na destinação de um percentual ou de um número certo de vagas em prol dos candidatos que preencham os requisitos próprios (cor/raça/etnia, escolaridade na rede pública, necessidade especial ou deficiência etc.), e que logrem aprovação no certame seletivo, em cada categoria em que inscritos e a cada curso que almejem.

Deve ser registrado que o Poder Judiciário vem reconhecendo a constitucionalidade das ações afirmativas.

Diversos Tribunais Regionais Federais já se pronunciaram no sentido de que o sistema de cotas para o vestibular não ofende o princípio da igualdade e pode ser estipulado pela própria universidade.

Veja-se ementa abaixo transcrita:

ADMINISTRATIVO. EXAME VESTIBULAR. SISTEMA DE COTAS RACIAIS E SOCIAIS. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DIREITOS FUNDAMENTAIS. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE.

A partir da declaração dos direitos humanos, buscou-se proibir foi a intolerância em relação às diferenças, o tratamento desfavorável a determinadas raças, a sonegação de oportunidades a determinadas etnias. Basta olhar em volta para perceber que o negro no Brasil não desfruta de igualdade no que tange ao desenvolvimento de suas potencialidades e ao preenchimento dos espaços de poder. O artigo 207 da Constituição Federal consagra a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial das universidades, sendo lícito, portanto, à recorrida estabelecer sistema de cotas para as vagas oferecidas à seleção de candidatos como lhe aprouver, desde que não afronte, como não está a afrontar no caso em tela, nenhuma outra regra matriz da Constituição.

Ademais, com relação à alegação de violação ao princípio da isonomia, cabe esclarecer que a igualdade somente pode ser cotejada entre pessoas que estejam em situação equivalente, sendo levados em consideração os fatores ditados pela realidade econômica e social, que influem na

capacidade dos candidatos para disputar vagas nas universidades públicas. Assim, não se há de reconhecer quebra de igualdade no ato administrativo realizado pela parte apelada. O interesse particular não pode prevalecer sobre a política pública; não se poderia sacrificar a busca de um modelo de justiça social apenas para evitar prejuízo particular³⁵.

Desse modo, as ações afirmativas, das quais o sistema de cotas é parte, são medidas necessárias para a concretização do princípio constitucional da igualdade material.

3.3.1 - Experiências iniciais

Nos últimos anos, grandes universidades instituíram o sistema de reserva de vagas por critérios raciais, como afrodescendentes/negros e indígenas, e/ou sociais, como no caso de vagas para alunos oriundos exclusivamente de escolas públicas.

Na Universidade de Brasília (UnB), em junho de 2003, o Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (CEPE), com base no “Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial da UnB”, elaborado pelos antropólogos José Jorge de Carvalho e Rita Laura Segatto, adotou sistema de cotas para ingresso a cursos superiores, aprovando a proposta de destinar 20% de vagas para negros. Deve também ser referido que o mencionado Plano contemplou a reserva de cerca de 10 (dez) vagas para índios, indicados pela FUNAI, mediante aprovação dos candidatos em teste de seleção.

O fundamento supremo do Plano de Metas é o propósito de promover a inclusão social de negros e indígenas por meio de acesso ao ensino superior, num contexto de políticas de ação afirmativa.

Atribuída ao CESPE/UnB (Centro de Seleção e de Promoção de Eventos) sua execução, estabeleceu o Edital/Guia do Vestibulando n. 3/2004 os seguintes itens:

³⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Administrativo. Exame vestibular. Sistema de Cotas Raciais e Sociais. Princípios Constitucionais. Direitos Fundamentais. Legalidade e Constitucionalidade. Apelação cível n. 2005.70.00.003167-7-PR. Relatora: Juíza Federal Vânia Hack de Almeida. Apelante: M.B.M. Apelado: UFPR. Julgado em 12.12.2006.

3.1. Para concorrer às vagas reservadas por meio do sistema de cotas para negros, o candidato deverá: ser de cor preta ou parda; declarar-se negro(a) e optar pelo sistema de cotas para negro;

3.2. No momento da inscrição, o candidato será fotografado e deverá assinar declaração específica relativa aos requisitos exigidos para concorrer pelo sistema de cotas para negros;

3.3. O pedido de inscrição e a foto que será tirada no momento da inscrição serão analisados por uma Comissão que decidirá pela homologação ou não da inscrição do candidato pelo sistema de cotas para negros.

Desde a adoção do sistema, instaurou-se a polêmica entre os autores do grupo proponente, a comunidade discente e a sociedade como um todo, principalmente pelo fato de que uma comissão deveria avaliar a raça dos vestibulandos examinando uma foto. O critério de seleção para o sistema de cotas da UnB foi questionado quando dois irmãos gêmeos candidataram-se e apenas um deles foi considerado negro.

Assim, a Universidade de Brasília (UnB) mudou as regras para o acesso ao sistema de cotas para negros; os candidatos às vagas especiais terão a cor da pele avaliada por uma banca examinadora, depois das provas. O novo sistema de avaliação de estudantes que concorrem a vagas pelo sistema de cotas é positivo, uma vez que vai permitir que o aluno argumente a sua condição de negro com os julgadores.

Outra instituição que implantou programa de ações afirmativas foi a Universidade Federal do Paraná (UFPR), mediante a Resolução n. 37/2004 do Conselho Universitário:

Art. 1º Disponibilizar, por um período de 10 (dez) anos, 20 (vinte) por cento das vagas dos processos seletivos da Universidade Federal do Paraná (UFPR), para estudantes afrodescendentes, em todos os cursos de graduação, cursos técnicos e ensino médio oferecidos por esta Instituição.

Parágrafo 1º Serão considerados afrodescendentes, para os efeitos desta Resolução, os candidatos que se enquadra-

rem como pretos ou pardos, conforme classificação adotada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Parágrafo 2º No ato da inscrição aos processos seletivos da UFPR, o candidato afrodescendente que desejar concorrer às vagas previstas no *caput* deste artigo deverá fazer a opção no formulário de inscrição e fazer a autodeclaração de grupo racial a que pertence.

Art. 2º Disponibilizar, por um período de 10 (dez) anos, 20 (vinte) por cento das vagas dos processos seletivos da UFPR para candidatos oriundos de escolas públicas, em todos os cursos de graduação, cursos técnicos e ensino médio oferecidos por esta Instituição.

Parágrafo 1º Estão aptos a candidatar-se às vagas previstas no *caput* deste artigo os estudantes que tenham feito seus cursos Fundamental e Médio exclusivamente em escolas públicas.

Art. 3º Disponibilizar anualmente vagas suplementares àquelas ofertadas no processo seletivo em cursos de graduação e cursos técnicos de nível pós-médio, para serem disputadas exclusivamente por estudantes indígenas residentes no território nacional, para o atendimento de demandas de capacitação de suas respectivas sociedades, apontadas por intermédio a Fundação Nacional do Índio (FUNAI).

Assim, no processo seletivo da UFPR foram disponibilizadas, pelo prazo de 10 (dez) anos, 20% das vagas para estudantes afrodescendentes e 20% para candidatos oriundos de escolas públicas nos cursos de graduação, técnicos e de ensino médio, e, por força do art. 3º, foram também disponibilizadas vagas suplementares para estudantes indígenas.

Já na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), o Programa de Ações Afirmativas foi instituído pela Decisão n. 134/2007 do CONSUN.

Art.1º Fica instituído o Programa de Ações Afirmativas, através do Ingresso por Reserva de Vagas para o acesso a todos os cursos de graduação e cursos técnicos da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, de candidatos egressos do Sistema Público de Ensino Fun-

damental e Médio, candidatos autodeclarados negros egressos do Sistema Público de Ensino Fundamental e Médio e candidatas indígenas.

Art. 5º Do total de vagas oferecidas em cada curso de graduação da UFRGS serão garantidas, no mínimo, 30% (trinta por cento) para candidatas egressos do Sistema Público de Ensino Fundamental e Médio.

§ 1º Entende-se por egresso do Sistema Público de Ensino Fundamental e Médio o candidato que cursou com aprovação em escola pública pelo menos a metade do Ensino Fundamental e a totalidade do Ensino Médio.

Art. 6º Do total de vagas oferecidas aos candidatas egressos do Sistema Público de Ensino Fundamental e Médio, conforme estabelecido no *caput* do art. 5º, no mínimo a metade será garantida aos estudantes autodeclarados negros, sem prejuízo ao disposto no § 3º do art. 10.

Art. 10 [...]

§ 3º No caso de não haver candidatas em condições de preencher as vagas garantidas a negros egressos do Sistema Público de Ensino Fundamental e Médio, estas serão preenchidas por candidatas não negros oriundos de escolas públicas. Se ainda restarem vagas, as mesmas voltarão ao sistema universal por curso.

A UFRGS inovou ao adotar critério misto de seleção diferenciada, uma vez que não basta a condição de afrodescendente ou a aparência para auferir privilégio, mas sim ser o candidato autodeclarado negro e egresso de estabelecimento público de ensino fundamental e secundário. Com tal junção de requisitos, colimou a UFRGS assegurar tratamento diferenciado em prol de indivíduos que sofressem dupla discriminação, por presumivelmente pobres e por negros.

4 - A intervenção do Ministério Público na proteção jurídica dos direitos das minorias

Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem hic et nunc, mas

*ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados sine die, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado de “direito”?*³⁶

A intervenção do Ministério Público como *custos legis*, ou “fiscal da lei”, é comumente observada no caso de ações cíveis relativas a interesses de pessoas com deficiência mental, uma vez que o Código de Processo Civil assim o determina nas causas que versem sobre interesses de incapazes.

Contudo, esse não é o único caso de intervenção do Ministério Público no que se refere à matéria deficiência. Pode ser necessária a intervenção ministerial também no caso de deficiências físicas ou sensoriais por força do art. 5º da Lei n. 7.853/1989, que dispõe sobre a obrigatoriedade de o membro do MP intervir nas ações públicas, coletivas ou individuais, em que se discutam interesses relacionados à deficiência das pessoas.

Apesar da intensa luta da sociedade civil, no sentido de aprovação das cotas e de toda legislação existente, ainda é comum a prática da administração pública e de particulares de procurar tergiversar sobre os direitos das minorias.

A sociedade brasileira, porém, acompanhando a realidade de outros países, percebeu a necessidade de resguardar os interesses metaindividuais, que ultrapassam a esfera individual.

Assim, a Constituição Federal deferiu ao Ministério Público a representação dos interesses coletivos e difusos³⁷.

Interesses difusos são interesses ou direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Compreendem grupos menos

³⁶ BOBBIO, 1992a, p. 77-78.

³⁷ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso. O objeto dos interesses difusos é indivisível.

Assim, por exemplo, a pretensão ao meio ambiente hígido, posto que compartilhado por número indeterminável de pessoas, não pode ser quantificada ou dividida entre os membros da coletividade.

Por sua vez, os interesses coletivos referem-se a interesses metaindividuais de grupos, classes ou categorias de pessoas.

Tanto interesses difusos como coletivos são indivisíveis, mas distinguem-se pela origem: os difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por uma circunstância de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica básica³⁸.

O Ministério Público, que é um órgão público orientado a resolver problemas da comunidade, acompanha a divisão da Justiça na federação.

Dessa forma, temos o Ministério Público da União e o Ministério Público dos Estados. O Ministério Público da União subdivide-se em Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal.

Os Ministérios Públicos dos Estados atuam na Justiça estadual e o Ministério Público Federal (Procuradoria da República), na Justiça Federal.

Deve ser ressaltado que o Ministério Público não atua apenas junto à Justiça; ele atua em qualquer âmbito, especialmente nos órgãos públicos, na defesa dos interesses da comunidade.

O art. 127 da Constituição Federal conceitua o Ministério Público como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

E o art. 129, III, inclui entre as funções a serem desempenhadas pelo órgão para a consecução de seus objetivos institucionais a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do

³⁸ MAZZILLI, 1999, p. 40-41.

patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Assim, o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública, de maneira ilimitada, embora não exclusiva, na defesa dos interesses difusos e coletivos.

Na defesa dos interesses e direitos indisponíveis da sociedade, além da Ação Civil Pública, o Ministério Público dispõe de instrumentos extrajudiciais, como o Inquérito Civil Público, a Recomendação e o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

A ilustrar a atuação do Ministério Público, extrai-se trecho do parecer emitido pelo Procurador Regional da República Domingos Sávio Dresch da Silveira em processo de apelação cível:

Enquanto o acesso à Universidade não for universal, há necessidade de se reequilibrar as chances de acesso para os segmentos marginalizados, a fim de garantir uma democratização na distribuição das vagas.

Quando se fala em inconstitucionalidade, o que se discute é se a adoção de políticas de ação afirmativa no Brasil caracterizaria a garantia de um direito ou o estabelecimento de um privilégio. Esse aparente privilégio é, sem dúvida, um direito, pois está em consonância com os preceitos constitucionais, na medida em que procura corrigir uma situação real de discriminação, buscando justamente atingir uma igualdade de fato e não fictícia.

A igualdade de condições proclamada na Carta Maior relaciona-se diretamente com uma igualdade de oportunidades, sendo que o se admitir as ações afirmativas não se estaria fomentando a discriminação, mas, ao contrário, estar-se-ia realizando um direito fundamental constitucional de acesso igualitário à educação. (Processo n. 2005.70.00.016443-4).

Deve-se destacar a Ação Civil Pública n. 2005.71.00.024753-6, ajuizada pela Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão, em Porto Alegre, com o propósito de compelir a União (TRF4) a reservar vagas para pessoas com deficiência em concurso para Juiz Federal.

Ao negar a reserva de vagas para pessoas com deficiência na citada ação, o julgador embasou-se na ausência de previsão pela Lei

Orgânica da Magistratura (Lei Complementar n. 35/1979). Esta linha de raciocínio segue decisões como a do Mandado de Segurança n. 48.016-PE (TRF5, rel. juiz Nereu Santos)³⁹.

Constitucional. Mandado de segurança. Concurso para o cargo de juiz federal substituto. Ausência de reserva de vagas destinadas aos portadores de deficiência física, aprovados no certame. O disposto no art. 37, VIII, da Constituição Federal é regra de eficácia contida, necessitando, portanto, de lei específica que a regule no Poder Judiciário. O art. 5º, § 2º, da Lei 8112/90, embora trate da matéria, não define os critérios de admissão, no serviço público, dos portadores de deficiência física. A regra para preenchimento de cargo de Magistrado está prevista no art. 93, *caput* e inciso, da Constituição Federal, segundo a qual o princípio que preside a realização de concurso para o ingresso da Magistratura é o da ordem de classificação.

Mandado de Segurança que se denega.

Falta razão a essa tese, porém. O disposto no art. 37, inciso VIII, é amplo e não há nele qualquer exceção a cargo público específico: todo concurso de provimento de cargo ou emprego público deve conter a reserva de vagas para as pessoas com deficiência.

E, no âmbito do sistema de cotas em instituições superiores, o Ministério Público Federal em Santa Catarina ajuizou a Ação Civil Pública n. 2008.72.00.000331-6, com base em pretensas inconstitucionalidade e ilegalidade formal do Concurso Vestibular 2008 (Edital 04/COPERVE/2007), quanto ao estabelecimento de reserva de vagas para afrodescendentes e alunos egressos de escolas públicas, perante a 4ª Vara Federal de Florianópolis, SC.

5 - Conclusão

Da análise do ordenamento jurídico nacional não se autoriza a conclusão alardeada pela imprensa e pelos opositores de que as

³⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (5ª Região). Constitucional. Mandado de segurança. Concurso para o cargo de Juiz Federal Substituto. Ausência de reserva de vagas destinadas aos portadores de deficiência física, aprovados no certame. Mandado de segurança n. 48.016-PE. Relator: Juiz Nereu Santos. *DJ* de 10 nov. 1995, p. 77541.

políticas afirmativas seriam inconstitucionais por ferirem o princípio da igualdade.

Contrariamente a esse discurso falacioso, o que se tem é que o constituinte, originário e reformador, além de prever no texto constitucional medidas que levam em consideração algumas diferenças existentes entre os cidadãos-alvo de determinadas medidas, prevendo tratamento diferenciado para eles, criou instrumentos para que o legislador faça o mesmo na ordem infraconstitucional.

Todavia, como seria de se esperar, medidas dessa natureza, por serem recentes no ordenamento brasileiro e por constituírem mudança de uma ordem consolidada, tocando, muitas vezes, privilégios consagrados por gerações, enfrentarão resistência de diversos setores da sociedade, o que não pode jamais afastar o reconhecimento de que representam instrumentos de grande valia para a consolidação da democracia brasileira.

Referências

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 8.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova Ed. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *A era dos direitos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992a.

_____. *Igualdade e liberdade*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Concurso público. Reserva de vagas para portadores de deficiência. Artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal. Recurso Extraordinário n. 227.299-MG. Relator: Ministro Ilmar Galvão. *DJ* de 6 out. 2000.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Administrativo. Exame vestibular. Sistema de cotas raciais e sociais. Princípios constitucionais. Direitos fundamentais. Legalidade e constitucionalidade. Apelação cível n. 2005.70.00.003167-7-PR. Relatora: Juíza Federal Vânia Hack de Almeida.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5ª Região). Constitucional. Mandado de segurança. Concurso para o cargo de Juiz federal substituto. Ausência de reserva de vagas destinadas aos portadores de deficiência física, aprovados no certame. Mandado de segurança n. 48.016-PE. Relator: Juiz Nereu Santos. *DJ* de 10 nov. 1995.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado Federal, 1988.

CERTEZA, Leandra Migotto. Empresários descobrem potencial das pessoas portadoras de deficiência. *Gente Ciente*. Disponível em: <<http://www.award.com.br/genteciente/jornal.asp?>>. Acesso em: 14 abr. 2008.

COTTA, Camila. As regras da igualdade. *Correio Braziliense*, Brasília, 4 fev. 2007. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/clipping/janeiro-2007/as_regras_da_igualdade/?>. Acesso em: 9 abr. 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DURHAM, Eunice R. Desigualdade educacional e cotas para negros nas universidades. *Novos Estudos Cebrap*, n. 66, p. 3, jul. 2003.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade*. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRUPO DE TRABALHO DISCRIMINAÇÃO. *Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em direito constitucional e internacional*. PFDC, p. 444. Disponível em: <http://www.pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/grupos_encerrados/gts_encerrados>. Acesso em: 4 ago. 2008.

HESSE, Konrad. *Elementos do direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1988.

MADRUGA, Sidney. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDONÇA, Rita de Cassia Tenório. Da inserção das pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho. *Vem Concursos*, 9 jul. 2003. Disponível em: <http://www.vemconcursos.com/opiniao/index.phtml?page_sub=5&page_id=1284>. Acesso em: 1º fev. 2007.

MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Sousa, Oziel Francisco de. As ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material. *Dissertação* apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito na UFPR, Curitiba, 2006.

Thomé, Roberto Luís Opermann. A (des) igualdade no sistema de cotas ao ingresso no ensino superior no Brasil: limites e possibilidades para a construção de uma sociedade plural, democrática, solidária e justa. *Monografia* apresentada no curso de especialização em Direitos Humanos da UFRGS, Porto Alegre, 2008.



**POLÍTICA DE COTAS PARA NEGROS NAS UNIVERSIDADES
PÚBLICAS, IGUALDADE E PROPORCIONALIDADE**

Bernardo Fachini
2º Lugar na Categoria Servidores do MPU

Sumário

Introdução

1 – Premissas do problema: conceitos e definições fundamentais

1.1 – Definição de política de cotas para negros nas universidades públicas e noções sobre ações afirmativas

1.2 – Finalidades da política de cotas para negros

1.2.1 – Primeiro fim: melhorar o estado socioeconômico dos negros

1.2.2 – Segundo fim: resgatar a dívida social para com os negros

2 – Aproximação do problema: instrumental necessário

2.1 – A dicotomia “regras e princípios” e a teoria de Robert Alexy

2.2 – Direito à igualdade: regra ou princípio?

2.2.1 – Direito à igualdade de direito

2.2.2 – Direito à igualdade de fato

3 – Colocação do problema: a constitucionalidade da política de cotas para negros nas universidades públicas

3.1 – O direito à cota como concretização de um direito fundamental à igualdade de fato

3.2 – A lesão a direitos fundamentais alheios: o direito à igualdade de direito

4 – Resolução do problema: colisão de princípios e proporcionalidade

4.1 – Do confronto de direitos fundamentais à colisão de princípios

4.2 – A pertinência do preceito da proporcionalidade como técnica de aferição da constitucionalidade

4.2.1 – Meios e fins

4.2.2 – Aplicação dos três subpreceitos

Conclusão

Referências

Introdução

Não é nenhuma novidade afirmar que a abolição da escravatura, a despeito de ter, no plano jurídico, guindado os negros cativos ao *status libertatis* e ao *status civitatis*, tornando-os juridicamente iguais aos demais brasileiros, não obrou qualquer mudança no plano fático. O édito de alforria provocou uma alteração no papel; não ofereceu aos recém-libertos, contudo, ajuda alguma para que aprendessem a conviver com a emancipação¹. Ao contrário, foram os senhores de escravos que vindicaram vultosas somas a título de recompensa pelos prejuízos decorrentes da “expropriação”; como a indenização não foi concedida, reforçaram as hostes republicanas e deixaram a monarquia sozinha e sem apoio.

Inspiradas em movimentos estrangeiros que catapultaram os anseios e ideais de uma “raça” que se queria unida e forte, organizações nacionais começaram a defender a implementação de ações afirmativas com vistas em fazer despertar a consciência étnica e a impelir o desenvolvimento da negritude, não só do ponto de vista econômico, mas também do histórico, cultural e litúrgico. Diversas universidades públicas, estimuladas pelo Poder Executivo e cansadas de esperar a atuação do Poder Legislativo (salvo naqueles Estados que promulgaram leis estaduais sobre o assunto), tomaram a iniciativa de estabelecer, por intermédio de atos administrativos sufragados pelas suas mais altas instâncias, a reserva para a população negra de uma fração das vagas oferecidas nos respectivos concursos vestibulares.

O dissenso acerca da legitimidade e da constitucionalidade da política de cotas para negros nas universidades públicas persiste. O debate, no lugar de se esvaziar com a aprovação e a consolidação de tais políticas, só tende a intensificar-se. A atualidade da controvérsia mede-se pela quantidade de ações judiciais que deságuam nos Tribunais de Justiça Estaduais e nos Tribunais Regionais Federais do país. A maioria dessas ações é proposta por vestibulandos que, des-

¹ “A Lei Áurea, ao abolir a escravidão, somente libertou o escravo do cativo, porém, não se preocupou em dar condições para que esses ex-escravos viessem a se transformar em cidadãos brasileiros” (VILAS-BÔAS, 2003, p. 46).

contentes com a mudança das regras do certame, sustentam a inconstitucionalidade das tais cotas para negros. Nada obstante, a grande maioria dessas manifestações pecou pelo excessivo emocionalismo, impedindo que uma solução com pretensões de universalidade exsurgesse. Esse é o empreendimento a que ora se propõe². O objetivo do presente trabalho é cooperar para o debate com argumentos jurídicos sólidos, capazes de sintetizar uma possível solução à problemática apresentada. Tentar-se-á não renunciar à objetividade, envidando-se ao máximo em perseguir o ideal científico do direito. No entanto, como a lógica das respostas à indagação fundamental é binária (isto é, só são possíveis as respostas “sim” e “não” ao problema proposto – e *tertium non datur*³), os esforços metodológicos resultarão na “descoberta” de uma resposta reputada correta, embora contestável.

Adentrar os meandros do sistema de cotas para negros implica reexaminar concepções do direito à igualdade e escrever um novo capítulo sobre esse vetusto e apaixonante assunto. A isonomia adquire novas feições à medida que se suscitam aplicações e significações inovadoras, ao menos no Brasil, do seu conteúdo. É por isso que, mais uma vez, problematizar o sistema de cotas para negros é problematizar a igualdade.

1 - Premissas do problema: conceitos e definições fundamentais

Antes de abordar o problema da constitucionalidade da política de cotas para negros nas universidades públicas, mister se faz apresentar algumas premissas subjacentes ao desenvolvimento do tema. Esse procedimento assume grande relevo na medida em que clarifica os conceitos empregados no decorrer do trabalho e ajuda a evitar logomaquias e polêmicas estéreis de nomenclatura.

² O debate sobre a implementação de cotas para negros já está suficientemente confuso para jogarmos mais posicionamentos automáticos nesse caldeirão. Palavras mais precisas, de menor efeito emocional, argumentos realmente ‘analíticos’, ou seja, que separem categorias de formas de operacionalizar categorias; objetivos, de modos de implementar objetivos; intenções, de consequências; etc., etc., disso precisamos” (GUIMARÃES, 2005, p. 216).

³ “Não é dada uma terceira resposta”, que poderia ser interpretada como a síntese entre a tese e a antítese.

1.1 - Definição de política de cotas para negros nas universidades públicas e noções sobre ações afirmativas

Política de cotas para negros nas universidades públicas é medida normativa tendente a facilitar o acesso da população negra a essas instituições. Insere-se no campo mais abrangente das chamadas “ações afirmativas”⁴, intervenções governamentais que tencionam promover o bem-estar socioeconômico das camadas marginalizadas, as quais, historicamente, plasmaram o que se convencionou denominar “minorias”. Tais ações objetivam, mais especificamente, içar os integrantes das minorias a setores da sociedade que os excluem por força de preconceito (que pode estar ligado a fatores como, e.g., raça, sexo, origem, orientação sexual e classe).

A política de cotas para negros nas universidades públicas consiste na reserva – em prol daqueles que se enquadram na categoria “negro” – de uma parcela das vagas oferecidas por um concurso público de franquia às instituições de ensino superior. As cotas são o número de vagas reservado; para entrar na universidade, os habilitados ao preenchimento das vagas reservadas disputam-nas entre si, dado que quase sempre há mais candidatos que vagas. O número de vagas, a maneira de determinação de quem é negro e o sistema de avaliação mudam conforme a universidade, mas os caracteres básicos são esses.

A reserva põe a salvo da concorrência com não-negros um número predeterminado de vagas. Obsta-se aos não-negros a possibilidade de lutar por essas vagas, uma vez que se presume que, não fosse o cerceio da disputa, aqueles negros que aderiram ao sistema de cotas, concorreram a uma vaga e foram aprovados – ultrapassando outros candidatos às cotas – não entrariam na universidade. Com a média obtida no vestibular, seriam preteridos por outros candidatos não-negros. A reserva quer remendar, corrigir, se possível, uma situação de não-liberdade que marcou (e marca) as camadas pobres (e, portanto, principalmente, as negras) da coletividade: a não-liberdade de estudar

⁴ “Ações afirmativas são medidas temporárias e especiais, tomadas ou determinadas pelo Estado, de forma compulsória ou espontânea, com o propósito específico de eliminar as desigualdades que foram acumuladas no decorrer da história da sociedade” (VILAS-BÔAS, 2003, p. 29).

decentemente e de se preparar adequadamente para o vestibular, que é gerada de forma precípua pela carência de recursos pecuniários.

1.2 - Finalidades da política de cotas para negros

1.2.1 - Primeiro fim⁵: melhorar o estado socioeconômico dos negros

A doutrina é unânime ao referir a promoção social dos negros como desígnio primordial que se almeja lograr com o sistema de cotas⁶. O raciocínio latente nesse intuito estabelece uma relação, a médio e longo prazo, de causa e consequência entre o estudo profissionalizante e o progresso econômico. O que se deseja, portanto, é o enriquecimento dos negros, de forma que escapem da miséria.

1.2.2 - Segundo fim: resgatar a dívida social para com os negros

É praxe evocar as atrocidades cometidas contra os negros durante o período escravocrata para exemplificar a classe dos sofrimentos mais atrozes já infligidos a um povo. Espoliados dos bens indispensáveis

⁵ “Como bem define Ota Weinberger, um fim é ideia que exprime uma orientação prática. Elemento constitutivo do fim é a fixação de um conteúdo como pretendido. [...] Objeto do fim são conteúdos desejados. Esses, por sua vez, podem ser o alcance de uma situação terminal (viajar até algum lugar), a realização de uma situação ou estado (garantir previsibilidade), a perseguição de uma situação contínua (preservar o bem-estar das pessoas) ou a persecução de um processo demorado (aprender o idioma Alemão). [...] Daí se dizer que o fim estabelece um estado ideal de coisas a ser atingido, como forma geral para enquadrar os vários conteúdos de um fim” (ÁVILA, 2003, p. 70-71).

⁶ “[...] esse sistema, a longo prazo, ainda que não proporcione o fim do preconceito e da discriminação racial, ajudaria a diminuir o fosso existente entre as classes sociais e/ou étnicas brasileiras, ou seja, a implantação de uma reserva de vagas destinada aos mais carentes ou a determinado grupo racial/étnico faria com que aumentasse a participação dos mais pobres e/ou de negros e pardos no conjunto dos alunos das universidades públicas brasileiras, o que elevaria o grau da escolaridade desses grupos e, a médio prazo, a maior escolaridade ajudaria a diminuir o ‘abismo’ socioeconômico entre as diferentes classes sociais que compõem a sociedade brasileira, contribuindo, também, para eliminar o estigma social da origem da população negra” (BRANDÃO, 2005, p. 87-88).

a uma modesta sobrevivência e a uma mínima autoestima, os negros adquiriram um “crédito” em face de toda a sociedade. A política de cotas para negros, por essa ótica, apresentar-se-ia como uma das indenizações possíveis aos negros⁷. A sociedade contemporânea, em débito⁸ com eles, obrigar-se-ia a repor os prejuízos advindos da escravidão.

2 - Aproximação do problema: instrumental necessário

Os delineamentos da problemática da política de cotas já foram traçados. Tentou-se, até aqui, estabelecer, com alguma clareza e exatidão, as bases terminológicas e os conceitos fundamentais sem os quais o discurso ficaria confuso. A qualificação do sistema de cotas à guisa de um meio para a obtenção de um fim já foi alinhavada. Agora é forçoso avançar alguns tópicos da dogmática jurídica, a fim de literalmente enquadrar, nas especificidades do fenômeno jurídico, os contornos da política de cotas para negros nas universidades. Aqui, as finalidades serão comparadas com a axiologia constitucional, com vistas em apurar se elas são queridas pela Lei Maior e se são, portanto, encampadas por normas constitucionais.

⁷ “Nesse sentido de ‘ajustar as contas’ com o passado histórico de cada país, Renato Janine Ribeiro considera que as medidas de ação afirmativa também têm o significado de, ao levar em conta a história das pessoas e a história dos meios a que elas pertencem, promover esse ‘ajuste de contas’” (BRANDÃO, 2005, p. 53). Mais adiante, o autor sublinha que, “[...] em função dos séculos de escravidão a que os negros foram submetidos pelos brancos, existe uma dívida histórica que, através de uma política de ação afirmativa – que inclui a adoção de cotas para acesso ao ensino superior público –, começaria a ser paga” (ibidem, p. 87).

⁸ “É o caso de perguntarmos: o que falta, então, para afastarmos do cenário as discriminações, as exclusões hoje notadas? Urge uma mudança cultural, uma conscientização maior por parte dos brasileiros; falta a percepção de que não se pode falar em Constituição Federal sem levar em conta, acima de tudo, a igualdade. Precisamos saldar essa dívida, ter presente o dever cívico de buscar o tratamento igualitário. Como ressaltado pelo presidente Almir Pazzianotto, cuida-se aqui de dívidas históricas para com as minorias. Esse resgate, reafirmo, é um ônus da sociedade como um grande todo” (MELLO, 2001).

2.1 - A dicotomia "regras e princípios" e a teoria de Robert Alexy⁹

Robert Alexy, sem ser o precursor da distinção entre regras e princípios, foi o estudioso que proveu das bases mais sólidas e científicas a teoria geral das normas jurídicas. Ele afiança que não só as regras, mas também os princípios são normas jurídicas, porque, uma vez positivados, adquirem imperatividade. Assim, norma é o gênero que abarca as regras e os princípios. Estes são mandatos de otimização que tornam devido um determinado fim, assinalando, no mesmo passo, o dever de que algum comportamento hábil a concretizar o fim seja efetivado o máximo possível. Os princípios indicam um estado de coisas ideal a ser perseguido, mas dependem das possibilidades fáticas e jurídicas; ou seja, não injungem um modelo de comportamento por ser implementado instantaneamente. Há que levar em conta se as circunstâncias de fato o autorizam e se princípios outros que, em determinada situação, se mostrem opostos a um dado princípio não estorvem a sua concretização.

Os conflitos práticos que podem opor os princípios são resolvidos no plano da eficácia. Isto é, se, em determinado caso, um princípio colide com outro, ou seja, aponta um caminho a seguir que tende a ser objetado pelo princípio adverso, será preciso atribuir preponderância a um ou a outro naquele caso específico, sem que se revele o primado abstrato de um ou de outro. Isso entremostra a técnica de aplicação dos princípios, que recebe o nome de "ponderação"¹⁰.

As regras jurídicas, por sua vez, introduzem condutas que devem ser efetivadas imediatamente. Os modais deônticos básicos (mandato, proibição, permissão positiva e permissão negativa) não admitem a

⁹ Toda esta subseção é estribada em Robert Alexy (1997, p. 81-115).

¹⁰ "Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión. Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación" (ALEXY, 1997, p. 112).

concorrência de orientação diversa. A regra jurídica se aplica ou não se aplica; neste último caso, o consectário lógico é a supressão da validade da regra, o que a impede de servir como premissa maior para a resolução de um caso futuro.

2.2 - *Direito à igualdade: regra ou princípio?*

A máxima da igualdade está exarada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. É possível descortinar diversos dispositivos que pretendem conferir-lhe densidade. Sem prejuízo das constatações que agora serão feitas, não são somente as referências explícitas à igualdade que denotam uma vinculação com o seu conteúdo; deveras, noções como “justiça” e “liberdade” estão imbricadas com a igualdade. Os incisos III e IV do art. 3º, o inciso V do art. 4º e o *caput* e o inciso I do art. 5º, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), tratam de casos gerais da igualdade. Outros dispositivos esparsos no texto da Lei Maior consignam casos específicos da igualdade.

Robert Alexy contribui sobremodo para uma investigação consequente dos problemas relacionados à igualdade. Interpretando-se literalmente o tradicional adágio aristotélico¹¹, chega-se à conclusão de que os homens devem ser tratados igual e desigualmente ao mesmo tempo, pois todos temos semelhanças e dessemelhanças que justificam tratamentos opostos. Por via de consequência, mister se faz indagar em que reside uma relação de igualdade ou de desigualdade. Isso conduz à afirmação de que a igualdade ou a desigualdade será sempre parcial, ou seja, relativa a um certo aspecto dos entes em conferição.

Segundo a lógica subjacente à máxima da igualdade, o reconhecimento de que duas situações são iguais ou desiguais de acordo com determinada característica não faz surgir o dever de que sejam tratadas iguais ou desigualmente de uma maneira que diga respeito àquela

¹¹ Os iguais devem ser tratados igualmente; os desiguais, desigualmente, na medida em que se desigualam (ARISTÓTELES, 2001, p. 101).

característica¹². Para que esse dever desponte, é forçoso encontrar uma finalidade vigente no ordenamento que recomende ou exija a igualização ou a desigualização. Passa-se, então, ao plano do direito à igualdade e, paralelamente, ao do direito à desigualdade.

Se A e B são iguais conforme uma característica 1 e desiguais conforme uma característica 2, e se uma finalidade constitucional ou legalmente condigna preceitua que a característica 1 é fundamento de tratamento isonômico e que a 2 não pode servir como fundamento de tratamento diferenciado, então A e B deverão ser tratados iguais. Nesse caso, trabalha-se com subsunção: A e B são iguais quanto a uma característica e tal característica é considerada critério de distinção para um fim positivado na ordem jurídica; logo, devem ser tratados igualmente. Não entram em consideração outros argumentos e teses. Por outro lado, a igualdade também pode assumir a forma de princípio jurídico.

Ela é princípio na medida em que se visualizam enunciados constitucionais que não prescrevem um dever imediato e categórico de igualização ou desigualização, e sim um dever de envidar os maiores esforços para atingir um determinado estado de coisas. É o caso art. 3º, III, da CFRB, que elege como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais. É óbvio que a edição de uma lei ou de um decreto inspirado por esse escopo não o alcança instantaneamente. São necessários atos reiterados do governo e da sociedade para a criação progressiva de condições eliminadoras das desigualdades.

Os outros excertos constitucionais que dizem respeito ao presente trabalho, como o art. 3º, IV, *in fine*, o art. 5º, *caput*, e o art. 5º, I, indiscutivelmente assumem a natureza de regra jurídica. A primeira

¹² Da só existência de incontáveis diferenças entre os seres humanos não se infere a necessidade de que cada uma sirva de fundamento a um dever de tratamento diverso: “Uma parte essencial do sentido do preceito da igualdade geral está em que nem todas as diversidades reais devem conduzir a tratamentos diferentes no direito, senão apenas tais desigualdades reais, às quais pertencem, por considerações de Justiça e de adequação, também para o Direito, significações distintas. Decidir acerca disso é, de primeiro, questão do legislador” (HECK, 1995, p. 225).

parte do art. 3º, IV, da CRFB arvora a promoção do bem de todos em objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. Esse trecho, por indicar um estado de coisas que deve ser otimizado, é princípio. Contudo, a cláusula seguinte, que proscreve “preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” na promoção do bem comum, é nitidamente uma regra¹³.

Corolário das digressões levadas a cabo neste tópico é a inexistência de uma classificação *a priori* do direito à igualdade. Dependendo do caso e de suas circunstâncias, serão invocadas a igualdade como princípio e a igualdade como regra.

2.2.1 - Direito à igualdade de direito

Direito à igualdade de direito significa direito a ser tratado igual ou desigualmente em conformidade com situações jurídicas ideais. Aqui, abstraem-se questões de fato, peculiaridades e idiosincrasias. Brancos e negros, por exemplo, são sujeitos de direitos que possuem direitos e deveres iguais, radicados não na cor da pele, mas na dignidade humana e na cidadania. Assim funciona também com homens e mulheres, com as exceções pertinentes à natureza própria dos gêneros (v.g., mulheres têm capacidade de engravidar; homens, não). Então, as diferenças que porventura existirem entre os grupos, considerados de maneira ideal, servirão de base a distinções e equiparações – uma vez concretizadas, na lei, estas e aquelas, as pessoas que se enquadrem em determinado grupo ou categoria farão jus ao tratamento previsto ao grupo ou à categoria a que pertencem, sem perquirir particula-

¹³ “Como se verifica, o art. 58º, n. 3, alínea b, encerra, ao mesmo tempo, uma regra preceptiva e uma regra programática: por um lado, proíbe já, actual e incondicionalmente, quaisquer discriminações em função do sexo; por outro lado, impõe ao Estado a criação de condições para que haja efectiva igualdade entre homens e mulheres quanto ao direito ao trabalho” (MIRANDA, 1998, p. 210). O raciocínio pode ser perfeitamente tomado de empréstimo, embora originalmente se aplique a dispositivo da Constituição portuguesa, permutando-se “sexo” por “raça” e pelos outros qualificativos constantes no art. 3º, IV, da CRFB. Na taxonomia normativa defendida aqui, é lícito afirmar, sem receio de incorrer em simplificação ou incorreção, que “regra preceptiva” equivaleria ao que Alexy chama puramente de “regra” e que “regra programática”, a “princípio”.

ridades. Como bem acentua Alexy, o direito à igualdade de direito permanece dinamicamente em tensão com o direito à igualdade de fato¹⁴. Um pleito à igualdade de direito acarreta a desconsideração de características individuais, que passam a ser ditas não-interferentes na igualização ou desigualização fundada no princípio da igualdade de direito.

2.2.2 - Direito à igualdade de fato

O direito à igualdade de fato significa levar em conta obrigatoriamente traços individuais não-extensíveis a (ou ausentes em) outras pessoas. Aqui, busca-se a atribuição de vantagens ou o ônus em função de desigualdades verificadas de fato¹⁵, sem que estas sejam a consequência de desigualização prescrita pelo direito (ou, às vezes, são consequência de comandos jurídicos, porém concernentes a um ordenamento pretérito, reputado, aos olhos do presente, injusto).

A conclusão a que se quer chegar nesse tópico é que a busca pela igualdade de fato sempre implicará, no mínimo, um decréscimo àquele a quem se quer igualar (e que esteja numa posição superior), ainda que esse decréscimo seja de maneira proporcional. O bônus da igualdade de fato é o favorecimento das camadas pobres; o ônus, o “sacrifício” (se se entender assim) das camadas mais ricas. Na medida em que se mira uma reaproximação dessas categorias, o ônus da igualdade de fato ao rico é o algo que lhe é negado (nos igualitarismos cegos, será também o algo que lhe for tirado), proporcionalmente falando.

¹⁴ “Quien desee crear igualdad de hecho tiene que aceptar una desigualdad de iure. Por otra parte, debido a la desigualdad fáctica de las personas, la igualdad de iure deja siempre que existan algunas desigualdades de hecho y, a menudo, hasta las refuerza” (ALEXY, 1997, p. 404).

¹⁵ “O que se entende, genericamente, por igualdade de fato é bastante claro: entende-se a igualdade com relação aos bens materiais, ou igualdade econômica, que é assim diferenciada da igualdade formal ou jurídica e da igualdade de oportunidades ou social. [...] Se se definirem os bens com relação às necessidades que eles tendem a satisfazer, a questão da determinação do que é ou do que não é um bem remete à questão da determinação de quais são as necessidades dignas de serem satisfeitas e em relação às quais se considera justo que os homens sejam iguais” (BOBBIO, 2002, p. 33).

Aí está a razão que explica a tensão permanente entre igualdade de direito e igualdade de fato¹⁶.

3 - Colocação do problema: a constitucionalidade da política de cotas para negros nas universidades públicas

A política de cotas para negros se encaixa no rol de políticas públicas voltadas à igualdade de fato. Sem dúvida alguma, traz prejuízo a muitas pessoas – o que não deixa de ser consectário necessário de toda igualização baseada no direito à igualdade de fato. Por um lado, existe o direito à igualdade de direito dos preteridos¹⁷. Por outro, o direito à igualdade de fato fundamenta o pleito das cotas. São dois os princípios que colidem: o princípio da igualdade de direito e o princípio da igualdade de fato. Parece estranho, à primeira vista, que existam direitos de igualdade se afrontando num plano prático, mas é assim que funciona.

Pois bem, já que as universidades que adotam um programa de cotas deparam a tarefa inarredável de determinar quem pode concorrer às vagas reservadas aos negros e quem não pode, chega-se à conclusão de que esse ato de determinar quem pode concorrer às vagas reservadas a negros pressupõe, de certa maneira, uma competência de afirmar quem é negro e quem não o é. Para tanto, são avaliadas duas maneiras distintas de demarcação da “raça” de um indivíduo: o autorreconhecimento e o heterorreconhecimento. O autorreconhecimento é operacionalizado pela autodeclaração do candidato perante a comissão de seleção do vestibular. Basta a autodeclaração – embora

¹⁶ “No entanto, a maior dificuldade apresentada decorre da clara e evidente oposição entre duas concepções de igualdade, ou seja, a concepção da igualdade de tratamento [igualdade jurídica] e a concepção da igualdade de situações [igualdade material]. [...] Apresentamos uma preocupação com a justiça concebida como tendente a diminuir as desigualdades, em detrimento da justiça concebida como igualdade de tratamento” (VILAS-BÔAS, 2003, p. 38).

¹⁷ “[...] já a igualdade nos direitos compreende, além do direito de serem considerados iguais perante a lei, todos os direitos fundamentais enumerados numa Constituição, tais como os direitos civis e políticos, geralmente proclamados (o que não significa que sejam reconhecidos de fato) em todas as Constituições modernas” (BOBBIO, 2002, p. 29).

esta possa ser atenuada por iniciativas fiscalizadoras dos recrutadores – que o sujeito será considerado negro e, portanto, participante da concorrência pelas vagas reservadas. O valor informador desse procedimento é a soberania da liberdade pessoal nas questões relacionadas à identidade individual. A pessoa, mediante anúncio livre e espontâneo, define-se da maneira que mais se coaduna com suas autopercepções. No extremo oposto, há o heterorreconhecimento: a identificação dos carizes do sujeito é levada a efeito por um terceiro. Nessa hipótese, formam-se bancas avaliadoras¹⁸, nominadas aqui e acolá como tribunais raciais, encarregadas de decidir, com base em conhecimentos antropológicos, genéticos e até psicológicos, quem poderia disputar uma vaga reservada e quem não poderia.

3.1 - O direito à cota como concretização de um direito fundamental à igualdade de fato

O sistema de cotas para negros favorece a igualdade de oportunidades. Nessa senda, ele concretiza o direito à igualdade de fato¹⁹. Como o direito à igualdade de fato, conforme antes enfatizado, é faceta do princípio da igualdade geral, depreende-se que o sistema de cotas para negros esteia-se no princípio constitucional da igualdade. Se o princípio constitucional da igualdade, na modalidade da igualdade de fato, traduz um mandato de que os programas governamentais

¹⁸ Veja-se um exemplo pretérito vivenciado pela Universidade de Brasília (UnB): “Soube-se que [a comissão] era composta de cinco integrantes e que a tarefa era analisar mais de 4 mil fotografias. Não havia muito tempo, pois o trabalho precisava ser concluído em poucas semanas. Os nomes dos componentes foram mantidos em sigilo. Havia dentre eles um antropólogo. As especificações a serem seguidas não eram muito claras, mas os indivíduos fotografados deveriam ser confirmados ou não como ‘negros’ a partir de características físicas como cor da pele, textura do cabelo e formato do nariz. As fotos mostravam os indivíduos na mesma posição, segurando um número de identificação. [...] Coube à comissão, designada pelas instâncias superiores da UnB e da qual participavam inclusive professores universitários, determinar quem eram os elegíveis, ou seja, os ‘negros’ que poderiam concorrer às vagas alocadas no sistema de cotas raciais” (MAIO; SANTOS, 2005, p. 182-183).

¹⁹ “É preciso que [...] o próprio princípio da igualdade, por sua evolução, ao se desdobrar no princípio da igualdade material, abra espaço para a adoção das práticas das políticas de ações afirmativas” (VILAS-BÓAS, 2003, p. 33).

tenham em vista ações e iniciativas redutoras, paulatinamente, dos desníveis no acesso a bens fundamentais que repercutem na capacidade de exercício e fruição de outros direitos²⁰, mormente no direito à dignidade, à vida, à habitação, então o sistema de cotas para negros, por incitar uma concreta igualização de indivíduos no ensino superior, é instrumento da otimização tencionada pelo princípio²¹.

3.2 - A lesão a direitos fundamentais alheios: o direito à igualdade de direito

A ofensa ao princípio da igualdade de direito reside no relaxamento das diretrizes orientadoras do vestibular, das quais a principal é a aprovação tão-somente dos obtentores dos melhores resultados nas provas que o compõem. Com efeito, um negro que fez média “x” no vestibular pode preterir o branco que fez média “2x” na mesma edição do concurso – e que, portanto, logrou resultado superior ao do negro – graças ao sistema de cotas. Qualquer outra pessoa não-negra, com a média alcançada pelo negro (“x”), não seria aprovada no vestibular. O prejuízo a quem é alijado do certame especial (por ser não-negro) é causado pela diminuição do número de vagas em disputa. Ora, se, antes de o sistema ser criado, são oferecidos 100 postos num determinado curso, a instituição de uma reserva subtrai da concorrência, e.g., 20 postos, restando apenas 80.

²⁰ “É válida ainda [a dicotomia igualdade jurídico-formal e igualdade jurídico-material], enquanto se distinguem não tanto duas espécies de preceitos jurídicos quanto dois momentos ou planos: o da atribuição dos direitos em igualdade e o da fixação das incumbências do Estado e da sociedade organizada perante as condições concretas das pessoas. Os direitos são os mesmos para todos; mas, como nem todos se acham em igualdade de condições para os exercer, é preciso que essas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem” (MIRANDA, 1998, p. 202).

²¹ “Mais tarde veio a reconhecer-se que a igualdade de direitos não é suficiente para tornar acessíveis a quem é socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozam os indivíduos socialmente privilegiados. Há necessidade de distribuições desiguais para colocar os primeiros ao mesmo nível de partida; são necessários privilégios jurídicos e benefícios materiais para os economicamente não privilegiados. Por isso, os programas *head start*, conquanto intrinsecamente inigualitários, são extrinsecamente igualitários, já que levam a um nivelamento das oportunidades de instrução” (OPPENHEIM, 2000, p. 604).

4 - Resolução do problema: colisão de princípios e proporcionalidade

Já foi visto que a adoção de cotas para negros nas universidades origina um problema concreto e inescapável. Não se trata de um falso dilema ou de uma antinomia aparente. Opõe, em lados rivais, variantes de um mesmo direito fundamental²². Como a violação, tanto em tese quanto na prática, do direito fundamental à igualdade de direito foi comprovada, não é lícito eludir a contenda²³. É imperioso examinar os argumentos que apoiam cada posicionamento, equacioná-los e solucionar o dilema. Essa dubiedade, que se traduz no favorecimento de um direito fundamental à custa de outro, reclama a análise da conciliabilidade do modelo das cotas com a Constituição vigente.

4.1 - Do confronto de direitos fundamentais à colisão de princípios

A resolução do confronto em tela só será obtida se forem avocados os princípios jurídicos tradutores dos direitos fundamentais preditos e se for construída uma lei de colisão atenta às circunstâncias do caso concreto. Afinal, as normas constitucionais, grupo do qual os princípios consagradores de direitos fundamentais fazem parte, não são suscetíveis de classificações verticais, tão-somente de horizontais.

²² “Si se adscribe al artículo 3 párrafo 1 LF tanto un principio de la igualdad de iure como así también un principio de la igualdad de hecho, se produce ya dentro del marco de la máxima de igualdad una colisión fundamental: lo que según uno de los principios es un tratamiento igual es, según el otro, un tratamiento desigual y vice versa. Por ello, si se unen ambos principios en un principio superior de igualdad, puede decirse que este principio amplio de la igualdad implica una ‘paradoja de la igualdad’” (ALEXY, 1997, p. 404).

²³ “La paradoja de la igualdad puede ser fácilmente evitada cuando es posible renunciar totalmente o bien al principio de la igualdad de iure o bien al principio de la igualdad de hecho. Desde el punto de vista del derecho constitucional, hay que excluir una renuncia al principio de la igualdad de iure porque no puede haber ninguna duda que ella es un elemento del derecho constitucional vigente. [...] Por lo tanto, no puede haber ninguna duda de que el principio de la igualdad de iure no puede ser sacrificado en aras de la igualdad de hecho” (ALEXY, 1997, p. 405-406).

A colisão de princípios – que é derivada fiel do confronto de direitos fundamentais – só pode ser sanada no plano prático. Se é verdade que, *a priori*, não existem princípios mais fortes ou mais importantes que os outros²⁴, também é verdade que, *a posteriori*, tendo em vista o incontestável axioma de que eles, na prática, podem colidir, é imperioso que haja um expediente de resolução do embate. O preceito da proporcionalidade, ferramenta jurídica concebida com diferentes contornos por norte-americanos e alemães, constitui-se no método mais apropriado para proceder ao deslinde da colisão.

4.2 - A pertinência do preceito da proporcionalidade como técnica de aferição da constitucionalidade²⁵

O preceito da proporcionalidade cumpre bem a tarefa de servir como técnica capaz de aferir a constitucionalidade da política de cotas para negros. Amolda-se precisamente às variantes do caso. Tem-se um meio direcionado a um fim que, sob o pretexto de favorecer a otimização de um princípio constitucional (que se entrelaça com o fim), adversa fins ligados a outro(s) princípio(s) constitucional(is)²⁶. Essa é a situação que autoriza a aplicação do preceito da proporcionalidade, que se desdobra em três subpreceitos: subpreceito da adequação,

²⁴ Alguns autores, no entanto, ressalvam o princípio da dignidade da pessoa humana, que repousaria no ápice do ordenamento jurídico. Ele teria maior nobreza e suplantaria os demais. Explicações acuradas são encontradas em Robert Alexy (1997, p. 105-109).

²⁵ Acerca da terminologia empregada, prefere-se a expressão “preceito” à expressão “princípio”, por reputar-se mais exata: “La máxima de proporcionalidad suele ser llamada ‘principio de proporcionalidad’. Sin embargo, no se trata de un principio en el sentido aquí expuesto. La adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto no son ponderadas frente a algo diferente. No es que unas veces tengan precedencia y otras no. Lo que se pregunta más bien es si las máximas parciales son satisfechas o no, y su no satisfacción tiene como consecuencia la ilegalidad. Por lo tanto, las tres máximas parciales tienen que ser catalogadas como reglas” (ALEXY, 1997, p. 112).

²⁶ “Nesse sentido, a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita. [...] Sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles não há aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico” (ÁVILA, 2003, p. 105).

subpreceito da necessidade e subpreceito da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação).

Eles traçam uma ordem lógica²⁷ e cronológica de apreciação dos elementos citados (meio e fim, fim oposto e princípios entrelaçados aos respectivos fins). Num primeiro momento, há o exame da adequação, que consiste em verificar se o meio é apto a provocar o fim²⁸. Tenta-se divisar uma relação de causalidade entre o meio e o fim, de modo tal que do implemento do meio se espere o advento do fim. Num segundo momento, há o exame da necessidade, que consiste em verificar se não existe outro meio menos gravoso (ou, na melhor das hipóteses, que não carregue nenhum agravo) ao princípio fundamental lesado pela medida *sub examine*. No terceiro e último momento, inquire-se se realmente é desejável promover o fim proporcionado pela medida interventiva, ainda que às expensas do fim atado ao princípio oposto. O que ocorre é um juízo a respeito de qual fim, considerados todos os dados do caso concreto, é sobrestante – e, por corolário, qual o princípio sobrestante. Ponderam-se (isto é, põem-se na “balança” da razão) rigorosamente os argumentos que forçam pendor a um dos lados. Ao final, caso o meio eleito para a promoção do fim seja adequado e necessário e compense a vulneração de outros fins (e princípios), então deve ser realmente posto em prática.

4.2.1 - Meios e fins²⁹

Como já foi afirmado, é indiscutível que o sistema de cotas para negros foi cogitado como meio³⁰ tendente à persecução de finalida-

²⁷ “Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado” (MENDES, 2004, p. 50).

²⁸ “Na aludida relação tríplice, o meio é a ponte capaz de propiciar que se atinja a finalidade pública em consonância com a causa fundamentadora. Exige-se que a medida seja apta para a consecução do desiderato social eleito. Averigua-se a utilidade, a idoneidade do meio para atingir o resultado almejado” (OLIVEIRA, 2003, p. 97).

²⁹ “Assim, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. [...] A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre tais elementos” (BARROSO, 2002, p. 166).

³⁰ “Os meios podem ser definidos como condições (objetos, situações) que causam a promoção gradual do conteúdo do fim” (ÁVILA, 2003, p. 71).

des vultosas. Aliás, o próprio Canotilho afirma que, antes mesmo de executar a análise dos três subpreceitos, é forçoso averiguar a propriedade e a dignidade do próprio fito, considerado como tal à luz dos valores encravados na Constituição³¹.

Cumprir examinar com prudência a questão da reparação das injustiças históricas. Essa premissa (que se considera uma finalidade da política de cotas para negros) comporta dissensões. Em primeiro lugar, não se pode assacar culpa à sociedade hodierna. Ela definitivamente não é responsável pelo que aconteceu há séculos atrás e não é justo mortificá-la por fatos ocorridos quando seus homens e mulheres não haviam nascido³². A rigor, os únicos indivíduos sobre cujos ombros poderia pesar o ônus dessa reparação seriam os senhores de engenho e todos aqueles que, de qualquer maneira, apoiaram o escravagismo ou dele se beneficiaram. A responsabilidade é e deve ser individual. O mesmo argumento vale para ilidir a “danação eterna” que alguns querem irrogar aos alemães pelo holocausto judeu. Até a Igreja Católica livrou os judeus do opróbrio de terem sentenciado Jesus Cristo à morte. Decerto essa “anistia” não significa complacência com discriminações e preconceitos do presente. Apenas caracteriza um movimento de pacificação social.

De qualquer modo, ao menos a respeito da finalidade segundo a qual aos negros devem ser devotadas iniciativas estatais para a sua elevação socioeconômica, não existe dúvida sobre a sua correção e aceitabilidade, afora sua concordância com o citado dispositivo da Constituição. Se se considerar tal finalidade indiscutivelmente como cobiçada pela Carta Magna, então é lícito³³ encetar o exame

³¹ CANOTILHO, [2000?], p. 1255.

³² “A questão da ‘dívida histórica’ para com os afro-descendentes e ameríndios não convence, e é postulada pelos mesmos grupos que preconizam o calote com relação à dívida financeira externa do país com o Primeiro Mundo. Por que eu, meus filhos ou netos irão pagar por um comportamento que não é deles, característico de épocas em que este era considerado válido? É bom não esquecer que o tráfico de escravos era desenvolvido com a intermediação direta dos próprios africanos, que tinham o monopólio do apresamento das vítimas em toda a África” (SALZANO, 2005, p. 227).

³³ “Sem uma relação meio/fim não se pode realizar o exame da proporcionalidade, pela falta de elementos que o estruturam. Nesse sentido, importa investigar o significado de fim: fim consiste num ambicionado resultado concreto (extraju-

da proporcionalidade do meio especulado para promovê-la, o que é requerido pelas injúrias ocasionadas a direitos de terceiros.

4.2.2 - Aplicação dos três subpreceitos

Assentada, por conseguinte, a necessidade de levar a cabo o controle da proporcionalidade do sistema de cotas para negros nas universidades estatais, é chegado o momento de perscrutar se esse modelo consegue dar impulso às finalidades a que se propõe (exceto aquela já alijada), se ele é imprescindível à materialização dessas finalidades (ou seja, se não existe outro caminho que, com menos efeitos colaterais, as engendre) e se, enfim, as vantagens propiciadas pelo alcance dessas finalidades são maiores que as desvantagens resultantes da ofensa a outros escopos³⁴.

4.2.2.1 - O subpreceito da adequação

Em primeiro lugar, a promoção do grupo negro, como um todo, não se faria sentir pela adoção das cotas. Dado que elas trazem um benefício indiscutivelmente individual, não se percebe como alterariam a valer as condições econômicas da globalidade do povo negro, a não ser muito obliquamente. Que impacto os postos colocados anual ou semestralmente à disposição dos negros carrearariam ao respectivo grupamento “racial”? Qual a percentagem de negros beneficiada, à luz do total da população sedicente negra, naquelas unidades federadas? É óbvio que o resultado seria inexpressivo, ainda que se considerasse uma política de cotas de longa duração. Outrossim, não se vê como

rídico); um resultado que possa ser concebido mesmo na ausência de normas jurídicas e de conceitos jurídicos, tal como obter, aumentar ou extinguir bens, alcançar determinados estados ou preencher determinadas condições, dar causa a ou impedir a realização de ações” (ÁVILA, 2003, p. 106).

³⁴ “Nos tempos mais recentes tende-se a reforçar a metódica de controlo do princípio da igualdade através do princípio da proporcionalidade (em sentido amplo). [...] O controle metódico da desigualdade de tratamento terá de testar: (1) a legitimidade do fim do tratamento desigualitário; (2) a adequação e necessidade deste tratamento para a prossecução do fim; (3) a proporcionalidade do tratamento desigual relativamente aos fins obtidos (ou a obter)” (CANOTILHO, [2000?], p. 1255).

o favorecimento de pouquíssimos integrantes da negritude poderia refletir na vida de todos os demais negros não-atingidos pela reserva de vagas. A quantidade de negros anualmente contemplada com vagas é estatisticamente irrelevante ante a massa de negros da sociedade. Ademais, os negros pobres e miseráveis, aqueles que sequer concluem o ensino fundamental, que cedo são arregimentados pelas ruas ou pelo tráfico, não seriam atingidos. O alvo das cotas nunca é a pobreza extrema e radical, aquela que mais reclama uma solução, e sim a classe média e média baixa, cujos integrantes conseguem finalizar, às vezes não sem repetir algumas séries, o ensino médio. Logo, encará-las como propulsoras do desenvolvimento socioeconômico do conjunto total de negros configura um embuste, por negligenciar o caráter nitidamente individual do programa. Vem a propósito o escólio de Robert Alexy:

Si M_1 no es adecuado para la promoción u obtención del fin F exigido por P_1 o idéntico con P_1 , entonces M_1 no es exigido por P_1 , es decir, para P_1 es igual si se utiliza M_1 o no. Si, bajo estas circunstancias, M_1 afecta la realización de P_2 , entonces, por lo que respecta al aspecto de la optimización con relación a las posibilidades fácticas, M_1 está prohibido por P_2 . Esto vale para todos los principios, fines e medios³⁵ [grifo no original].

Há um problema mais grave que compromete as bases do sistema de cotas para negros. Com efeito, na locução “reserva de vagas para negros nas universidades públicas”, encontram-se vocábulos cujo significado requer preenchimento. Poder-se-ia dividi-la em três partes fundamentais: “reserva de vagas”, “negros” e “universidades públicas”. Das três parcelas isoladas, duas possuem compreensão unívoca. “Reserva de vagas” e “universidades públicas” são conceitos de fácil apreensão. Ninguém tem dúvida do que sejam “universidades públicas” e “reserva de vagas”. A mesma convicção não conforta a expressão “negros”. O que é ser “negro”³⁶? É possível afirmar, com

³⁵ ALEXY, 1997, p. 114-115.

³⁶ “Afinal, não era esse mesmo o objetivo dessa política? Construir uma classificação racial menos ‘ambígua’? O que salta aos olhos de qualquer observador mais atento ao que se passa no mundo é que as cotas raciais vieram para refazer o nosso sistema de classificação racial. Como instituir cotas raciais sem antes

absoluta certeza, se uma pessoa é negra? A infinidade de matizes a revestir a pele das pessoas, que dificulta (antes, impede) a catalogação das cores e o enquadramento das pessoas em subespécies *a priori* determinadas (“este é negro, aquele não é”), atíça outras questões: o aspecto externo de uma pessoa é suficiente para classificá-la como negra? E o aspecto externo é necessário para o aperfeiçoamento desse juízo? Como de todos os movimentos sociais exsurge a ilação de que ser negro é mais do que ostentar a pele negra, mas também pertencer a uma linhagem cuja matriz seja africana, algumas ideias e conclusões já começam a se formar acerca da (in)suficiência do aspecto externo.

A negritude é um dado que inegavelmente diz com a cor da pele de uma pessoa. Quando se olha alguém na rua e se conclui que esse alguém é negro, o único fator tomado em consideração para informar o juízo é o aspecto externo. Na maior parte das vezes, em se tratando de um país miscigenado como o Brasil³⁷, dúvidas surgem quando se procura ordenar as pessoas em função da raça. Como a cor da pele não respeita padrões, existindo nuanças entre uma e outra, de forma tal a configurar uma continuidade³⁸ indecomponível de tonalidades, não existem métodos seguros para classificar uma pessoa segundo a cor da sua pele, ainda mais quando o repertório rotineiramente empregado (branco, amarelo, pardo e negro) esteja longe de esgotar a multiplicidade das cores possíveis, que se entrelaçam em *dégradé*. Se na vida real apenas vicejassem quatro tipos de estampas epidérmicas,

classificar rigidamente aqueles que têm direito e os que não têm? Todos os países que implantaram essa política ou já possuíam um sistema rígido de classificação racial ou tiveram que criá-lo” (MAGGIE, 2005, p. 288).

³⁷ “De fato, trata-se de uma questão que não pode ser tratada com leviandade, pois é mais do que sabido que o Brasil enfrenta problemas sérios de exclusão socioeconômica e cultural dos não-brancos, o que se combina a um muito fluido e situacional cálculo racial, que nos coloca numa posição diferenciada em face de regimes bipolares de produção de verdades raciais, como é o caso da tradição americana” (LEWGOY, 2005, p. 218).

³⁸ “É precisamente quando as evidências biológicas expandem cada vez mais a dimensão de mestiçagem do povo brasileiro, enfatizando um continuum, que a ênfase na bipolaridade racial (brancos e não-brancos) cresce no país, passando a fazer parte, de modo cada vez mais contundente, de políticas de Estado” (MAIO; SANTOS, 2005, p. 300).

tal qual o modelo ideal citado, então seria possível, com absoluta certeza, ordenar as pessoas conforme o tom da pele, mas não é assim que funciona.

Entre o negro e o pardo, medeia uma série de variações que não podem ser definidas exatamente como pertencentes a um ou outro grupo. São colorações intermediárias que, para fins de inclusão ou exclusão do sistema das cotas, requerem uma classificação. Para efeito da habilitação como “negro”, na disputa pelas vagas reservadas, só cabe o modelo binário de respostas: sim e não. Embora seja fácil diferenciar os extremos, facilitando o enfeitamento de um sujeito bastante branco, de olhos verdes e cabelo loiro, o mesmo não ocorre com as pessoas mais morenas. Qual o nível de pigmentação abaixo do qual se considera não-negra uma pessoa? Como se vê, essa questão propõe problemas intransponíveis, quer pelas ciências exatas, quer pelas médicas, quer pelas humanas. Apenas se o “negro” não significar exatamente aquilo que se espera literalmente da palavra (ou seja, que alguma característica da pessoa tenha cor negra) é que se pode tentar dar viabilidade ao programa.

Alguns, percebendo as complicações derivadas da assunção da cor da pele como índice último para habilitação no sistema de cotas, postulam outros critérios. Socorrem-se, e.g., do sentimento de negritude que imbui certas pessoas e da autodeclaração. Afirmam que o sentir-se negro, o sentir-se pertencente a uma história e a uma tradição afras bastaria para testificar a autodeclaração de ser negro proveniente do candidato³⁹. Ora, essas considerações, conquanto sejam politicamente corretas e prestigiadas na sociologia e na antropologia, não se harmonizam com as exigências de um concurso público. Assim como os pleiteantes de vagas reservadas a deficientes físicos devem certificar sua debilidade, não sendo suficiente a mera declaração, sob pena de aumento vertiginoso das fraudes nos concursos públicos e de colapso da regra que garante o acesso universal aos cargos públicos, também o sistema de cotas para negros não pode estar imune a um controle dos candidatos⁴⁰. Em isso não ocorrendo, é certo que muitos

³⁹ “[...] acho que a declaração de cor tem que ser respeitada em qualquer momento – esse é o princípio moral” (GUIMARÃES, 2005, p. 217).

⁴⁰ A propósito, tem-se um exemplo burlesco de um embuste racial: “O relato de Ma-

pardos, amarelos, índios e brancos coonestariam suas declarações com sentimentos simulados de negritude, pretendendo assim facilitar o ingresso na universidade. Privadas de outros critérios, tolhidas pela exclusividade da autodeclaração, como as comissões de seleção recusariam a candidatura de um notório “branquelo” para assegurar a lisura do certame⁴¹? A eventual formação de bancas para inquirição do candidato e para conferência dos apanágios de negritude por este apregoados⁴² reverteria no problema do subjetivismo exacerbado: que legitimidade teriam os examinadores para avaliar os sentimentos dos postulantes? Sua autoridade promanaria de quais conhecimentos técnico-científicos⁴³? Aliás, haveria conhecimentos⁴⁴ que autorizariam

tilde Ribeiro, ministra-chefe da Secretaria Especial para Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPPIR), é revelador das preocupações que assaltaram a UnB: ‘No Itamaraty, por exemplo, uma candidata a ingressar pelo sistema de cotas raciais no Instituto Rio Branco, que prepara para a carreira diplomática, quase enganou os examinadores: eriçou os cabelos e cobriu a pele do rosto e dos braços com base escura para passar por negra. Mas se esqueceu daquela faixa da perna que ficou à mostra, branquinha, quando se sentou para a entrevista... é preciso haver um monitoramento constante, assegurar uma averiguação para evitar fraudes. Nas cotas para universidades, por exemplo, todos os que optarem por entrar na seleção terão que ser fotografados’ (CHAGAS apud MAIO; SANTOS, 2005, p. 191).

⁴¹ “E aqui reside o mérito maior da discussão aberta por Maio e Santos: colocar, ainda que indiretamente, a questão de se podemos ou não utilizar o critério de cor (ou raça) para selecionar pessoas alvos de políticas públicas, já que não podemos verificar objetivamente a veracidade da informação que for prestada” (GUIMARÃES, 2005, p. 216).

⁴² “Esta operação [homologar ou não a autoatribuição pelo candidato do *status* de ‘negro’] estaria embasada em conhecimento considerado científico no escrutínio de características como cor da pele, textura do cabelo, formato do nariz, etc., discerníveis a partir do exame das fotografias, com vistas à classificação racial” (MAIO; SANTOS, 2005, p. 201).

⁴³ “Na impossibilidade de viabilizar os tais ‘olhos e filtros cognitivos’, e diante da necessidade de revestir com uma película de objetividade os procedimentos de classificação racial (afinal, tratava-se de um edital para concurso público de grande dimensão), o processo seletivo também resvalou para uma ‘visão ordinária da ciência’” (MAIO; SANTOS, 2005, p. 198), que consistiu “em uma ‘antropologia das raças’” (idem) “de teor afim a esquemas taxonômicos de cunho racial que já gozaram de prestígio no passado” (ibidem, p. 197).

⁴⁴ “Por um lado, a comissão buscou se legitimar através da aplicação de critérios supostamente objetivos e científicos; por outro, na visão dos críticos, apoiou-se em uma cientificidade anacrônica e alheia aos preceitos da ciência contemporânea” (MAIO; SANTOS, 2005, p. 202).

à banca inferir de uma célere entrevista com o candidato (às voltas com centenas ou milhares de postulantes das cotas, a banca não teria tempo nem dinheiro para proceder a uma investigação minuciosa da vida de cada candidato, da sua árvore genealógica e das suas manifestações culturais e religiosas) a sua identidade “negra”⁴⁵? Que critérios científicos⁴⁶ seriam utilizados⁴⁷? Não se conhece nenhuma resposta objetivamente aceitável, concorde aos ditames inerentes a um processo público de seleção.

Há que considerar o critério derradeiro: a afroascendência. Por intermédio de uma perícia genética, é possível identificar genes comuns aos egressos da África, genes esses ausentes do DNA de pessoas não-oriundas (recentemente, é claro, uma vez que o *Homo sapiens* lá surgiu) do referido continente. Esse método teria a vantagem de proporcionar a máxima certeza na determinação dos descendentes de africanos e, por conseguinte, dos titulares do direito de disputar uma das vagas reservadas.

Alguns problemas, no entanto, surgiriam da adoção da afroascendência como parâmetro de distribuição das cotas. De início, modernos estudos de biólogos e geneticistas constataram que muitos afrodescendentes não possuem pele negra⁴⁸. Isto é, não há uma associação

⁴⁵ “O imbróglío passaria a ser que, no Brasil, esses ‘olhos e filtros’ vêm e interpretam as características raciais de diferentes formas, a depender dos contextos nos quais acontecem as interações. Estamos nos referindo à elevada dose de contexto situacional e de ambiguidade que, como amplamente conhecido, marcam as percepções sobre raça no Brasil [...]” (MAIO; SANTOS, 2005, p. 196).

⁴⁶ “Além disso, acreditamos que não devemos enfrentar manifestações de preconceito racial existentes na sociedade brasileira com critérios de inspiração racial ou mesmo racista, destituídos de qualquer base científica, dando margem a distorções, manipulações de toda espécie e acirramento de tensões claramente danosas à vida universitária” (ACADEMIA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS, 2004).

⁴⁷ “Ao lidar com uma questão sociopolítica, ou seja, procurar estabelecer um privilégio para determinado grupo com o intuito de corrigir injustiças históricas e, ao mesmo tempo, controlar os potenciais ‘burladores raciais’, o aparato acadêmico-burocrático da UnB, em aliança com o movimento negro, buscou mobilizar parâmetros supostamente objetivos” (MAIO; SANTOS, 2005, p. 184).

⁴⁸ “Os responsáveis pelo vestibular da UnB por diversas ocasiões reiteraram que a meta da comissão era o de analisar as características físicas, visando identificar traços da raça negra. Esse objetivo gerou constrangimentos diversos e dilemas identitários de não pouca monta entre os candidatos ao vestibular, devido à

necessária entre os genes que distinguem uma estirpe africana e os que definem a tez escura⁴⁹. Por exemplo:

Mais de 75% dos brancos do Norte, Nordeste ou Sudeste apresentam ancestralidade africana superior a 10%. Mesmo no sul, com seu marcante histórico de imigração europeia, este valor é na ordem de 49%. Para comparação calculamos, a partir dos dados fornecidos por Shriver e cols. (2003), os valores para brancos norte-americanos: apenas 11% deles apresentam ancestralidade africana acima de 10%⁵⁰.

Sendo assim, nem todo negro seria afrodescendente⁵¹ e nem todo afrodescendente seria negro⁵². Interpretando essa reflexão, descortinar-se-iam dois conjuntos, representativos das populações de cada grupo (dos negros e dos afrodescendentes), que, apesar de uma zona vasta de intersecção, seriam fundamentalmente independentes, reveladores de realidades diferentes. Consolidada essa distinção, não-negros poderiam, desde que afrodescendentes, pleitear vagas reservadas aos “negros” (agora compreendidos como afrodescenden-

dúvidas de se os critérios seriam mesmo o de aparência física (negra) ou de (afro) descendência. A candidata Ana Paula Leão Paim, a princípio na dúvida sobre se se declararia ‘negra’, foi convencida pelo argumento da mãe, que lhe disse que sua ‘tataravó era escrava’. Contudo, ainda assim, Ana Paula estava preocupada pois, segundo ela, ‘pela fotografia não dá para analisar a descendência’” (MAIO; SANTOS, 2005, p. 193).

⁴⁹ “Esses estudos demonstram que esses marcadores genéticos autossômicos permitiram, com precisão, uma classificação ao nível individual do grau de ancestralidade genômica africana. Mostra ainda que, na população brasileira analisada, o alto índice de mescla gênica faz com que características físicas icônicas, como cor da pele, olhos, cabelos, lábios e narizes, sejam marcadores significativamente pobres na determinação da origem geográfica dos ancestrais de um indivíduo, quando comparados com estudos em populações africanas e europeias, consideravelmente menos mescladas” (BORTOLINI; PENA, 2004, p. 41).

⁵⁰ BORTOLINI; PENA, 2004, p. 42.

⁵¹ Desse modo, não raros seriam os “negros” portadores de reduzida afrodescendência: “Por outro lado, apenas 73% dos pretos de Queixadinha apresentam uma proporção superior a 50% de ancestralidade africana. Este dado mostra, mais uma vez, a intensidade da mistura gênica que ocorreu na formação do povo brasileiro, pois, neste caso, para 27% dos classificados como pretos em Queixadinha, a ancestralidade majoritária não é a africana” (BORTOLINI; PENA, 2004, p. 43).

⁵² “[...] pode-se calcular que há aproximadamente 28 milhões de afro-descendentes entre os brasileiros autotclassificados como brancos” (BORTOLINI; PENA, 2004, p. 39).

tes). Subverter-se-ia completamente a terminologia empregada para nominar o programa de cotas. Em suma:

Por um lado, os geneticistas colocam de forma incisiva que, no plano científico, a genética de populações constitui-se em um campo revestido da competência e autoridade para tratar da questão racial. Contudo, menos que atuar no sentido de reforçar a validação, é uma autoridade que esvazia bases conceituais, uma vez que enfatiza que “raça” é um conceito que, do ponto de vista biológico, não se aplica para a espécie humana. Além dessa desconstrução da noção, a argumentação derivada da genética, e enfatizada pelos dois autores, é que há uma marcante dissociação entre fenótipo e genótipo, ou seja, no Brasil, aparência física é um preditor fraco quanto à descendência, seja europeia ou africana [...]. Assim, Pena e Bortolini (2004), a partir de uma posição revestida pela autoridade discursiva da genética molecular, secundarizam cientificamente quaisquer tentativas de classificação racial ou de definição de critérios de afro-descendência (biológica) através da morfologia⁵³.

Todas essas dificuldades, cuja remoção não se imagina a curto e médio prazo, desaconselham veementemente a adoção da afrodescendência⁵⁴ como critério de legitimação dos concorrentes das cotas.

4.2.2.2 - O subpreceito da necessidade

Como já foi visto, a inadequação do meio aos fins almejados já desembocaria na desproporcionalidade do próprio meio, justamente porque incapaz de transformar em realidade as finalidades que lhe servem de inspiração. Dessarte, seria dispensável adentrar o mérito dos subpreceitos faltantes. Nada obstante, é importante prosseguir no

⁵³ MAIO; SANTOS, 2005, p. 205.

⁵⁴ Há um argumento remanescente: “Que nível de ancestralidade africana, europeia ou ameríndia deve ser considerado como ‘significante’? Pena e Bortolini (2004) assinalaram que 86% da população brasileira possui mais de 10% de ancestralidade africana; portanto, potencialmente, essa fração poderia solicitar o benefício das cotas; mas eu sou mais radical. Como está amplamente demonstrado (para horror dos racistas!) que a África foi o berço de toda a humanidade, é óbvio que todos os brasileiros têm potencialmente direito ao benefício” (SALZANO, 2005, p. 226).

confronto da política de cotas para negros com esses subpreceitos, a fim de aprofundar no fenômeno do tratamento desigual ensejado pela reserva de vagas.

Caso as cotas fossem apropriadas à promoção das finalidades, *ad argumentandum tantum*, então haveria que lhes esquadriñar a necessidade. Existe alguma intervenção estatal capaz de melhorar substancialmente a vida dos negros?

Não refugindo ao âmbito deste trabalho, podem ser apresentadas duas práticas institucionais que, bem aplicadas, poderiam gerar excelentes préstimos aos desafortunados e, conseqüentemente, aos negros. A primeira consistiria em incrementar o aporte de verbas ao ensino público fundamental e médio, iniciativa que, a despeito de constituir promessa de campanha da maioria dos candidatos aos poderes Executivos e Legislativos, costuma ser esquecida após o término das eleições. Seja como for, a própria expansão da rede pública de ensino nas vilas e favelas do país tem originado índices positivos. Houve bastante inclusão social levada a termo por políticas ditas universalistas⁵⁵, que focam as raças apenas indiretamente, somente se dedicando a setores desfavorecidos.

Respaldam a opção por ações universalistas Yvonne Maggie e Peter Fry:

⁵⁵ Luiz Fernando Duarte vergasta as políticas “particularistas”, em cuja definição se encaixam as políticas de cotas para negros: “Sua análise reverbera porém em muitas outras direções, alertando-nos para todas as tentativas de resolver os graves problemas da cidadanização na sociedade brasileira pela estratégia dos ‘particularismos’, no lugar dos mecanismos clássicos (ainda que tão difíceis) da universalização. Essa dinâmica perversa tem sido posta em prática em outras áreas da vida pública nacional e eu mesmo tive a oportunidade de demonstrar como a política ‘particularista’ desenvolvida pelas agências de promoção social junto às favelas cariocas nos anos 1970/1980 acabou por facilitar a ocupação das estruturas e consciências locais, longa e penosamente construídas, pelas quadri-lhas dos narcotraficantes, com o insuportável resultado da expulsão definitiva desses bairros e de suas populações para o inferno da não-cidadania. Chamei a esse processo, tão bem intencionado, de ‘particularismo totalizante’, por acreditarem seus agentes que a ênfase monádica da ‘diferença’ local poderia se constituir num contraponto e antídoto eficaz das ilegítimas e ineficazes políticas centrais. Com o retorno da democracia, porém já a maioria dos bairros populares cariocas tinha o seu acesso fechado ao avanço da vida cidadã, ‘particularizados’ definitivamente pela força bruta (DUARTE, 1992)” (DUARTE, 2005, p. 255-256).

Por que não aprofundar e expandir políticas racialmente não neutras⁵⁶ como as que foram adotadas no que se refere à repetência e à distorção série/idade no lugar da racialização que as cotas impõem? Colocar, por exemplo, uma escola pública de melhor qualidade numa periferia de uma grande metrópole, em vez de instalar a mesma escola num bairro de classe média alta, obviamente propiciaria mais oportunidades para os negros (posto que os pobres são majoritariamente negros) do que para os brancos⁵⁷.

Dados recentes demonstram que o revigoramento do ensino fundamental e médio se fez sentir muito mais intensamente nas escolas estaduais que nas escolas privadas. Comparando o crescimento percentual do número de alunos das escolas públicas e o das privadas, extrai-se que aquele foi mais de 1000% maior que este. O excerto abaixo dá os devidos pormenores:

Os investimentos em pesquisa e em novas políticas para a educação no Brasil na última década produziram uma melhoria sensível no sistema de ensino. A descoberta dos efeitos da repetência e da distorção série/idade, que consumia as famílias brasileiras e não sensibilizava os formuladores de políticas até bem recentemente, fez a diferença. [...] Devido à persistência da repetência, nem todos os que se matriculam se formam. Mesmo assim, o número de concluintes triplicou na década de 1990 (MEC/Inep/Seec, 2000), passando de 658.725 em 1990 para 1.836.130 em 2000. A grande responsável por esse crescimento foi a rede pública estadual de ensino, que, de 1990 a 2000, aumentou em quatro vezes (400%) o número de formandos, que passaram de 356.813 em 1990 para 1.390.815 em 2000 (MEC/Inep/Seec, 2000). Enquanto isso, o número de alunos formados nas escolas particulares no mesmo período aumentou de 253.045 para 351.957, ou seja, apenas 39%. Esses dados indicam que os grandes beneficiários deste

⁵⁶ “Por políticas racialmente não neutras entendemos aquelas que, dirigidas a determinadas áreas de pobreza, automaticamente atingem grande número de negros. Este conceito foi desenvolvido por Bowen e Bok (2000)” (MAGGIE; FRY, 2004, p. 78).

⁵⁷ MAGGIE; FRY, 2004, p. 77.

aumento são aqueles estudantes que não tiveram acesso à rede privada e que antes estavam excluídos, ou quase, do sistema de ensino⁵⁸.

Em razão da ampliação de vagas na rede pública, que predominantemente são ocupadas pela população de baixa renda, mais negros, em comparação com os brancos, deixaram para trás o analfabetismo, em virtude da já referida concentração de negros nos estratos da população com escassos patrimônio e rendimentos. Essa ilação é corroborada pelos mesmos autores:

É de se imaginar que, sendo os mais pobres os grandes beneficiários da expansão do ensino médio público, conforme imaginam os nossos missivistas, tenha aumentado a proporção de brasileiros mais escuros neste nível de ensino. E é isso mesmo que parece estar acontecendo. Segundo os dados do Enem, de 1999 a 2001 a proporção de “negros”, “mulatos” e “brancos” passou de 1,9%, 16,4% e 76,5% para 5,3%, 30,5% e 58,5% respectivamente⁵⁹. Esses dados não são conclusivos. Mas é difícil não ignorar o que sugerem. Parece mesmo que uma política dirigida a aumentar as oportunidades de todos tem o efeito de aumentar enormemente o número de “negros” e “mulatos” com qualificação mínima para entrar nas universidades⁶⁰.

A outra experiência aconselhada é o Programa de Ingresso ao Ensino Superior (PEIES), implantado pela Universidade Federal de Santa Maria. Os alunos matriculados em escolas consorciadas com a UFSM são submetidos a três provas durante o ensino médio, uma a cada final de etapa. Quando o estudante encerra a terceira série (e a terceira prova), recebe uma nota final equivalente à média das notas atribuídas às três provas anuais. Essa nota plasmará o índice de competição que, confrontado com os resultados dos demais estudantes, informará a sua classificação na lista geral e determinará se o estudante ingressará ou não em uma das vagas reservadas por

⁵⁸ MAGGIE; FRY, 2004, p. 74.

⁵⁹ “O Enem utiliza uma taxonomia ‘racial’ sui generis, com três categorias, ‘negro’, ‘mulato’ e ‘branco’, que é uma versão, digamos, mais vernacular da centenária taxonomia do IBGE, que utiliza as categorias ‘pretos’, ‘pardos’ e ‘brancos’” (MAGGIE; FRY, 2004, p. 78).

⁶⁰ MAGGIE; FRY, 2004, p. 74.

esse procedimento (20% do total de vagas anualmente disponibilizadas pelas diversas faculdades da UFSM). Mister se faz frisar que os alunos que apresentam desempenho insatisfatório no PEIES não ficam excluídos do ensino superior. Para estes (e para todos), o tradicional vestibular sempre representará uma opção, conservando 80% do total de vagas oferecidas a cada ano.

De que maneira o PEIES pode provocar uma maior ocupação negra na UFSM? As dificuldades impostas pela má qualidade das escolas públicas aos seus alunos são diagnosticadas e anunciadas pelo PEIES, de modo que o sistema público de ensino possa localizar e tentar sanar seus problemas⁶¹. Artigo publicado na *Revista Veja* revela como o PEIES catapulta os estudantes das escolas públicas à universidade, o que significa, retomando o raciocínio já destrinchado, um benefício direto aos negros (a maioria dos quais não tem condições de estudar em colégios privados). Eis um trecho do artigo:

O exemplo de Santa Maria funciona como uma alternativa concreta ao projeto de implantação de cotas destinadas às minorias nas universidades federais, que o MEC sonha ver sair do papel ainda neste ano [...]. Ambos querem levar à universidade os menos favorecidos. O projeto oficial, no entanto, ao desprezar a defasagem de preparo entre cotistas e alunos regulares, acaba por prejudicar os segundos. Um estudo feito pela Universidade de São Paulo mostra que, caso o projeto federal seja colocado em prática, estudantes com notas até 40% mais altas do que a dos cotistas correm o risco de ficar de fora no processo de seleção. O projeto de Santa Maria também reserva cotas – mas elas não são destinadas a nenhuma minoria, e sim àqueles que tiverem obtido boas notas nos exames aplicados pela UFSM. Ou seja: são os melhores alunos que entram na universidade. [...] Mais do que contribuir para o aperfeiçoamento do ensino médio e implantar um sistema de inclusão universitária que privilegia o mérito em detrimento do assistencialismo, o programa de Santa

⁶¹ “Com base na avaliação, [a UFSM] produz um detalhado relatório ressaltando as deficiências de cada escola e elabora programas pedagógicos que, ministrados pelos professores da universidade aos professores das escolas públicas, têm como objetivo suprir as lacunas identificadas” (PEREIRA, 2005).

Maria, que completa dez anos, conseguiu o que talvez seja o seu maior feito: colocar a universidade no horizonte de perspectivas de jovens que, sem ele, jamais poderiam sonhar com essa possibilidade⁶².

Uma vez que as propostas veiculadas neste tópico, longe de ad-versarem direitos fundamentais titularizados por terceiros, apenas representam uma escolha da administração sob a égide da sua discricio-nariedade, investimentos maciços em educação básica e a propalação do PEIES suplantam o sistema de cotas, na medida em que alcançam a mesma finalidade colimada pelo sistema (presumindo que este fosse adequado ao fim, o que já se confutou) sem gravar (ou gravando me-nos) legítimos interesses opostos. Por essa razão, o sistema de cotas é desnecessário à promoção do fim que lhe norteia.

4.2.2.3 - O subpreceito da proporcionalidade em sentido estrito

Traçam-se agora as vantagens e as desvantagens engendradas pela política de cotas para negros. Como as vantagens equivalem aos efeitos da promoção dos fins e as desvantagens correspondem aos efeitos ne-gativos da intervenção sobre outros fins, ao final das contas estar-se-á procedendo a uma avaliação dos próprios fins em jogo: qual deles há de ter preferência? E cada fim é protegido por um princípio jurídico. Surge mais uma maneira de traduzir o dilema: qual princípio prevalecerá?

Quais seriam as vantagens acarretadas pelo sistema de cotas para negros? É certo que, apesar de não ser possível averbar, com um mí-nimo de certeza, quem é negro e quem não o é – o que geraria muitas injustiças e inconformidades no ato de habilitação dos candidatos ao vestibular das cotas (muitos “negros” poderiam ficar de fora, enquanto outros “não-negros” poderiam ser incluídos) –, ao menos alguns negros seriam corretamente pré-classificados como legítimos pretendentes das vagas reservadas. Esses negros, provavelmente, seriam os portadores, com maior intensidade e em maior dose, das características externas comumente associadas à negritude. Seriam os indivíduos com tez assaz escura e cabelo encrespado, por exemplo. Desses, alguns conseguiriam efetivamente ser aprovados no vestibular paralelo, alcançando o direi-

⁶² PEREIRA, 2005.

to de estudar em universidade estatal. Esses jovens, por conseguinte, poderiam receber instrução gratuita nos melhores centros de ensino superior do país, adquirindo a cultura e o preparo necessários para aceder a cargos e empregos estratégicos na iniciativa privada e no funcionalismo público, mas, principalmente, alguns desses se tornariam intelectuais, políticos ou pesquisadores comprometidos com o futuro do país e da sua gente. Adjuvariam a produção de obras, a formação de opiniões e a tomada de iniciativas contrárias ao preconceito, ao racismo e à exclusão social.

Quais seriam as desvantagens acarretadas pelo sistema de cotas para negros? Alguns autores elencam o recrudescimento do racismo⁶³ e do ódio racial⁶⁴, destacando a contraproducência⁶⁵ de uma ação criada para reduzir o racismo e utilizar esquemas raciais:

O argumento de que as cotas acabarão incentivando animosidades “raciais” não pode ser facilmente descartado, porque a sua lógica é cristalina. Não se vence o racismo celebrando o conceito “raça”, sem o qual, evidentemente, o racismo não pode existir. Iniciativas de

⁶³ “Mas, se por hipótese instituíssemos políticas afirmativas em todos os espaços sociais estaríamos resgatando uma dívida ou segmentando definitivamente a sociedade brasileira? Se a universidade poderá discriminar afirmativamente no seu acesso, por que o mercado de trabalho também não pode oficializar a discriminação negativa com base inclusive nas informações utilizadas para o ingresso no ensino superior? Este talvez seja o caminho mais rápido para a legalização de práticas de racismo e um consequente retrocesso nas relações étnicas do povo brasileiro, portanto impróprio e não deveria constar da lei” (BALDUINO, 2004).

⁶⁴ “Ao mesmo tempo, a experiência dos Estados Unidos sugere que o ato de privilegiar os membros de grupos subordinados, sejam quais forem as consequências úteis a longo prazo, a curto prazo reforça a intolerância. Causa uma verdadeira injustiça contra determinados indivíduos (em geral membros dos grupos imediatamente acima dos mais subordinados) e gera perigosos ressentimentos políticos” (WALZER, 1999, p. 78). Contra: “As políticas oriundas das ações afirmativas seriam responsáveis não pelo ataque e eliminação do racismo, por exemplo, mas possibilitariam que fossem atacadas as origens estruturais” (VILAS-BÔAS, 2003, p. 43).

⁶⁵ “Pode o ‘racismo à brasileira’ ser combatido pela oficialização de identidades raciais? Tal como o feitiço usado contra o feitiçeiro, pode existir o bom racismo, de nobres finalidades, politicamente correto, reparador de injustiças históricas e provisório em sua aplicação? De modo algum: usar a racialização oficial para combater o racismo é mais ou menos como combater um incêndio usando gasolina” (LEWGOY, 2005, p. 220-221).

ação afirmativa oriundas da sociedade civil produzem consequências semelhantes para aquelas poucas pessoas envolvidas. Mas quando cotas raciais se tornam política de Estado, determinando a distribuição de bens e serviços públicos, ninguém escapa à obrigação de se submeter à classificação bipolar. O impacto sobre a sociedade com um todo não pode ser subestimado, portanto⁶⁶.

A segunda e mais grave consistiria na violação da proibição da arbitrariedade, eixo racional do princípio da igualdade e do Estado de Direito.

4.2.2.3.1 - A proibição da arbitrariedade: conteúdo e classificação

O ordenamento jurídico brasileiro chancela a proibição da arbitrariedade. Ela existe e é vigente; porém, ela não está expressa, com essas palavras, na CRFB. Não caberia, todavia, conceber o princípio da igualdade e o princípio do Estado de Direito⁶⁷ se não se tolhesse a arbitrariedade no direito público⁶⁸. Sua natureza normativa é de regra⁶⁹. Seu conteúdo pode ser enunciado mediante um juízo hipotético.

⁶⁶ MAGGIE; FRY, 2004, p. 77.

⁶⁷ “A proibição da arbitrariedade está compreendida no Princípio do Estado de Direito, configurando-se como um preceito estatal-jurídico geral. Esse limite significa que na seleção das situações, que serão reguladas, deve-se proceder de forma apropriada, i.e., segundo pontos de vista que resultem da peculiaridade dos fatos a serem regulados, portanto, não de modo arbitrário. Ela interdita tratamento desigual arbitrário de fatos iguais no essencial” (HECK, 1995, p. 226).

⁶⁸ Na Alemanha, “A proibição de arbitrariedade encontra-se, em parte, também expressa no art. 3º, alínea 3, da Lei Fundamental: ‘Ninguém deve, em virtude de sexo, origem, raça, língua, pátria e procedência, crença, concepções religiosas ou políticas, ser prejudicado ou favorecido’ (HECK, 1995, p. 226). A semelhança com o art. 3º, IV, da CFRB é perspicua.

⁶⁹ “De plano, portanto não será legítima a desequiparação aleatória, arbitrária, caprichosa. O elemento discriminatório deve ser relevante e residente nas pessoas por tal modo diferenciadas” (BARROSO, 2002, p. 161). A expressão que enceta a primeira frase (“de plano”) sugere a imediatidade do modal deontico (a ilegitimidade, ou seja, a proibição), que recai sobre o ato desequiparador aleatório, induzindo que, conquanto não se tenha detido sobre o assunto, o autor tacitamente entende que a norma proscritora de desigualizações arbitrárias seja da espécie “regra”.

tético de dever-ser: se uma diferenciação for considerada arbitrária, então ela é proibida. Decerto essa formulação não encerra o problema, porque deixa aberto o significado de “arbitrário”. Que tipo de medida desigualitária (ou mesmo igualitária) pode ser inquinado de arbitrário⁷⁰? Quais critérios conduzem a essa ilação?

Para aprofundar a investigação sobre a definição de arbitrariedade, empregam-se os adjetivos “essencial”⁷¹ e seu contrário “não-essencial”, e constrói-se um silogismo:

PREMISSA MAIOR: é proibido o tratamento relacional (quer igualizador, quer desigualizador) que for considerado arbitrário.

PREMISSA MENOR: tratar desigualmente situações essencialmente iguais ou tratar igualmente situações essencialmente desiguais é proceder de maneira arbitrária.

CONCLUSÃO: logo, é proibido tratar desigualmente situações essencialmente iguais ou tratar igualmente situações essencialmente desiguais⁷².

⁷⁰ “[...] existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. [...] Esta a justificação de o princípio da proibição do arbítrio andar sempre ligado a um fundamento material ou critério material objectivo. Ele costuma ser sintetizado da forma seguinte: existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável. Todavia, a proibição do arbítrio intrinsecamente determinada pela exigência de um “fundamento razoável” implica, de novo, o problema da qualificação desse fundamento, isto é, a qualificação de um fundamento como razoável aponta para um problema de valoração” (CANOTILHO, [2000?], p. 419) [grifos do original].

⁷¹ “Por essas razões, a questão decisiva da igualdade jurídica material é sempre aquela sobre os característicos a ser considerados como essenciais, que fundamentam a igualdade de vários fatos e, com isso, o mandamento do tratamento igual, ou seja, a proibição de um tratamento desigual ou, convertendo em negativo: sobre os característicos que devem ser considerados como não-essenciais e não devem ser feitos base de uma diferenciação jurídica” (HESSE, 1998, p. 331).

⁷² “O legislador está vinculado ao preceito da igualdade geral no sentido de que ele não deve tratar com arbitrariedade nem o essencialmente igual desigualmente nem o essencialmente desigual com igualdade” (HECK, 1995, p. 229).

4.2.2.3.2 - Verificação prática da violação à proibição da arbitrariedade⁷³

Inicialmente, fixam-se, neste passo, as premissas segundo as quais (i) é justo que o critério diferenciador que preside à distribuição das vagas às pessoas que tencionam ingressar nas universidades públicas seja a qualidade do intelecto (que é subproduto da diretriz de justiça distributiva “a cada um segundo seu mérito⁷⁴”, porque é o critério que guarda correlação lógica com as atividades realizadas no ensino superior – todas envolvem, de alguma maneira, o uso do intelecto⁷⁵) e (ii) o exame vestibular é o melhor procedimento, entre os existentes, de apuração da qualidade do intelecto dos candidatos. O próprio sistema das cotas não nega essa realidade – não almeja soçobrar totalmente a lógica de seleção para a universidade; apenas consubstancia um contundente arrefecimento à citada lógica.

⁷³ “A proibição encerrada no art. 3º, alínea I, da Lei Fundamental, consiste particularmente no proceder para com o essencialmente idêntico de forma desigual arbitrária, e, a proceder para com o essencialmente não-idêntico, de forma igual arbitrária. Nesse sentido, então, o preceito da igualdade geral é violado: a) quando um fundamento razoável, resultante da natureza da coisa ou de outro modo objetivamente elucidativo, não se deixa encontrar para a diferenciação ou para o tratamento igual legal, em suma, quando a determinação precisa ser caracterizada como arbitrária; [...] d) quando um grupo de destinatários normativos, em comparação com outros destinatários normativos, é tratado de forma diversa, embora não haja, entre ambos os grupos, nenhuma diferença de tal arte e de tal peso que pudesse justificar o tratamento distinto” (HECK, 1995, p. 230-232).

⁷⁴ “O ensino superior é regulado pelo art. 208, V [da CFRB]. O seu teor é o seguinte: ‘acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um’. Verifica-se que, no final do artigo, há uma regra de distribuição do bem, ‘participação nos níveis mais elevados de ensino’: a cada um segundo a sua capacidade. Ou seja, este não é um bem que a Constituição prescreva como indispensável à plena realização do ser humano, e por conseguinte, como algo que deve ser distribuído a todos. Ao contrário, ela limita a oferta desses bens somente àqueles que demonstrarem a capacidade para aproveitá-los” (BARZOTTO, 2003, p. 50).

⁷⁵ “Em cada distribuição, deve verificar-se a causa da distribuição, isto é, o critério de distribuição próprio a cada esfera distributiva. O parentesco não é o critério adequado para distribuir cargos públicos, o mérito não é o critério adequado para distribuir bens no interior de uma família. Nas distribuições, a utilização do critério próprio a cada esfera garante que o bem do particular é o fim que está sendo buscado” (BARZOTTO, 2003, p. 54).

Michael Walzer é categórico:

A formação especializada é, obrigatoriamente, um monopólio dos talentosos ou, pelo menos, dos alunos mais capazes, em determinado momento, de pôr em prática esses talentos. Mas é um monopólio legítimo⁷⁶.

Também Konrad Hesse versa sobre o tema. A conclusão proclamada pelo jurista alemão é perfeitamente aplicável às diferenciações executadas no limiar do ensino superior (apesar de referir especificamente o acesso a cargos públicos) cujo fator de diferenciação seja a raça (conquanto mencione o sexo):

Como direitos (de defesa) subjetivos, o artigo 3º, alínea 2 e 3, da Lei Fundamental, opõem-se também a um tratamento desigual jurídico, pelo qual, à custa de um outro titular de direitos fundamentais, igualdade geral e efetiva de homens e mulheres deve ser produzida. Disso resulta a problemática jurídico-constitucional da introdução de “regulações de quotas”. Na medida em que estas afetam o acesso a cargos públicos, devem somente aptidão, habilitação e rendimento ser considerados como critérios essenciais (artigo 33, alínea 2, da Lei Fundamental); uma preferência por causa do sexo é proibida, da mesma forma como um prejuízo⁷⁷.

Na medida em que se recorre a um sistema de cotas para reservar um número de vagas aos negros, deve-se ter em mente que esse recurso, por si só, não elimina o caráter meritocrático do vestibular. Ele constitui uma mitigação cuja intensidade se diversifica consoante a percentagem de vagas reservadas. Se se reservam 10% das vagas, há uma mitigação moderada. Se se reservam 50%, a mitigação é assaz expressiva.

As cotas são uma atenuação do critério meritocrático porque se destinam aos obtentores dos melhores desempenhos dentre aqueles que haviam aderido ao vestibular paralelo. No entanto, tal atenuação é gravíssima. Como se chega à conclusão de que o critério “cor da pele” é arbitrário? O poder público não deve tratar o essencialmente igual

⁷⁶ WALZER, 2003, p. 288.

⁷⁷ HESSE, 1998, p. 334.

desigualmente. Na verdade, quando se está diante de uma finalidade para a qual uma característica inerente à pessoa humana, conquanto se apresente nos indivíduos de maneira diversa, é irrelevante⁷⁸, é arbitrário tratar dois indivíduos – que possuam, em níveis diferentes, essa característica – desigualmente com base precisamente na diferença concreta dessa característica, porque o tratamento diferenciado incorpora seu sentido à luz da finalidade, e, para esta, aquela diferença fática é desprezível⁷⁹. Essa é uma interpretação possível acerca da cláusula proibitiva da arbitrariedade⁸⁰. Afinal, se, para uma determinada finalidade, uma característica exibida em porções distintas por duas pessoas é despicienda, então, consoante aquela finalidade, ambas as pessoas são substancialmente (daí a essência da sua igualdade) iguais. A finalidade que se quer alcançar não nega a diferença que não é essencial. Apenas são valorizadas aquelas diferenças julgadas relevantes de acordo com tal finalidade.

O critério “cor de pele” permite estabelecer diferenciações apropriadas na medida em que se cogita, e.g., de proteger da radiação solar. Branco e negro são essencialmente desiguais para efeito de cautela quanto à insolação, pois se sabe que a pigmentação do negro lhe torna mais resistente aos raios solares que o branco; se fosse necessário ad-

⁷⁸ “[...] onde por discriminação arbitrária entende-se aquela introduzida ou não eliminada sem uma justificação, ou mais sumariamente, uma discriminação não justificada (e, neste sentido, injusta). [...] A única resposta que se pode dar a tais questões é que existem, entre os indivíduos humanos, diferenças relevantes e diferenças irrelevantes com relação à sua inserção nessa ou naquela categoria. [...] A relevância ou irrelevância é estabelecida com base em opções de valor” (BOBBIO, 2002, p. 28).

⁷⁹ “Cabe, por isso mesmo, quanto a este aspecto, concluir: o critério especificador escolhido pela lei, a fim de circunscrever os atingidos por uma situação jurídica – a dizer: o fator de discriminação – pode ser qualquer elemento radicado neles; todavia, necessita, inarredavelmente, guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta. Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo” (MELLO, 2004, p. 38-39).

⁸⁰ “La máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna otra forma, sea concretamente comprensible, es decir, cuando la disposición tiene que ser calificada de arbitraria” (BVERFGE apud ALEXY, 1997, p. 391).

ministrar uma escassez grave de protetor solar, não faleceria justiça ao pleito do branco por maior quantidade do produto. Por outro lado, não assistiria razão ao indivíduo branco que reclamasse mais protetor pelo simples motivo de ser argentino. Ora, por que um outro indivíduo cuja brancura se equiparasse à do argentino deveria receber, por ser brasileiro, menos protetor?

Conclusão

Neste tópico, retomar-se-ão as teses centrais deste trabalho e crescer-se-ão mais algumas ideias.

De tudo o que foi exposto, verifica-se o surgimento de uma colisão de direitos fundamentais que opõe o direito fundamental à igualdade de fato ao direito fundamental à igualdade de direito.

Tendo em vista que a política de cotas para negros restringe direitos fundamentais alheios consagrados na CRFB, é preciso escrutá-lhe a constitucionalidade. O preceito da proporcionalidade, derivado do princípio do Estado de Direito e do princípio do devido processo legal, tem sede constitucional e, portanto, é uma ferramenta adequada, senão a mais, para excogitar, com clareza e objetividade, a constitucionalidade da medida restritiva de direitos.

Levando a cabo a análise do primeiro subprincípio, chega-se à conclusão de que a medida interventiva não promove os fins a que se propõe, porque (i) não existe um critério objetivo para determinar, apenas pela aparência, se uma pessoa é negra ou não, e porque (ii) o critério razoavelmente objetivo para precisar a afro-ascendência de uma pessoa transmudaria o objeto da política de cotas, que não mais seria para “negros”, e sim para “afrodescendentes”.

Ainda que a falta de adequação já torne desproporcional a política de cotas em relação às finalidades almejadas, é curial, por epítrope, passar à apreciação dos demais subpreceitos. No tocante ao segundo deles, infere-se que o sistema de cotas não é necessário à promoção social dos negros na sociedade brasileira. Existem conjuntos de políticas públicas centradas no ensino básico e no fundamental que beneficiam sobretudo as classes desfavorecidas (no interior das

quais se situa a maioria dos negros) sem lesar direitos fundamentais alheios.

Ao cabo, aprecia-se o último subpreceito: a proporcionalidade em sentido estrito. No que tange ao caso concreto em tela, é bastante complicado decidir qual princípio tem mais relevância: a igualdade de fato ou a igualdade de direito? Contudo, se se tomam as prováveis consequências práticas do sistema de cotas (ou seja, há uma imbricação entre este subpreceito e o subpreceito da adequação), concluir-se-á que tal sistema, malgrado ostente um fim moralmente irrepreensível, padece de inconsistências sérias. Igualmente, haveria a violação à proibição do arbítrio. A cor da pele é um elemento irrelevante para a determinação dos candidatos que planejam estudar em universidade estatal. O critério distintivo justo é o mérito, visto que é o único que guarda relação com a finalidade da seleção e com os talentos cultivados no ensino superior.

Por fim, arrematando tudo o que já foi escrito, cabe salientar que a inconstitucionalidade da política de cotas para negros nas universidades públicas, tese que se ergue dos estudos desenvolvidos neste artigo, implica a coarctação da liberdade de conformação do legislador. É sabido que o direito infraconstitucional não deve contrariar o constitucional. O legislador ordinário, a quem incumbe articular políticas públicas promotoras do bem comum e respeitadoras dos direitos fundamentais dos cidadãos, não se pode furtar ao cumprimento dos ditames constitucionais. Dessarte, proíbe-se-lhe editar leis formais ou materialmente inconstitucionais. Já que a incompatibilidade do programa de cotas com a CRFB foi aqui atestada, então se conclui que o legislador, sobre o qual recai o dever de obedecer à CRFB, deve abster-se de formular políticas de tal jaez. Sua liberdade de conformação, portanto, é gravada com severa limitação.

Referências

ACADEMIA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS. Propostas da Academia Brasileira de Ciências para debate sobre reforma da universidade. *Jornal da Ciência*. Rio de Janeiro, 29 jun. 2004. Disponível em: <<http://www>

jornaldaciencia.org.br/Detalhe.jsp?id=19703>. Acesso em: 5 set. 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BALDUINO, Gustavo. *Cotas socioeconômicas sim, étnicas não*. Brasília, 3 jun. 2004. Disponível em: <http://www.ufrn.br/sites/reforma/noticia_cont.php?id=69>. Acesso em: 15 set. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 50, p. 19-56, abr./jul. 2003.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BORTOLINI, Maria Cátira; PENA, Sérgio Danilo Junho. Pode a genética definir quem deve se beneficiar das cotas universitárias e demais ações afirmativas? *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 50, p. 31-50, 2004.

BRANDÃO, Carlos da Fonseca. *As cotas na universidade pública brasileira: será esse o caminho?* Campinas: Autores Associados, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, [2000?].

DUARTE, Luiz Fernando Dias. Pungente retrato do universalismo apunhalado. *Horizontes Antropológicos: patrimônio cultural*, Porto Alegre, ano 11, n. 23, p. 255-257, jan./jul. 2005.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Entre o medo de fraudes e o fantasma das raças. *Horizontes Antropológicos: patrimônio cultural*, Porto Alegre, ano 11, n. 23, p. 215-217, jan./jul. 2005.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LEWGOY, Bernardo. Cotas raciais na UnB: as lições de um equívoco. *Horizontes Antropológicos: patrimônio cultural*, Porto Alegre, ano 11, n. 23, p. 218-221, jan./jul. 2005.

MAGGIE, Yvonne. Políticas de cotas e o vestibular da UnB ou a marca que cria sociedades divididas. *Horizontes Antropológicos: patrimônio cultural*, Porto Alegre, ano 11, n. 23, p. 286-291, jan./jul. 2005.

_____; FRY, Peter. A reserva de vagas para negros nas universidades brasileiras. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 50, p. 67-80, 2004.

MAIO, Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura. As cotas raciais nos horizontes da antropologia: tréplica a dezoito comentaristas. *Horizontes Antropológicos: patrimônio cultural*, Porto Alegre, ano 11, n. 23, p. 292-308, jan./jul. 2005.

_____. Política de cotas raciais, os “olhos da sociedade” e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília (UnB). *Horizontes Antropológicos: patrimônio cultural*, Porto Alegre, ano 11, n. 23, p. 181-214, jan./jul. 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Marco Aurélio. Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. In: SEMINÁRIO DISCRIMINAÇÃO E SISTEMA

LEGAL BRASILEIRO, Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, 20 nov. 2001. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/palavra_dos_ministros/ler.asp?CODIGO=21811&tip=DP>. Acesso em: 3 nov. 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*: direitos fundamentais. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998. t. 4.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios*: o princípio constitucional da razoabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

OPPENHEIM, Felix. Igualdade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. v. 1.

PEREIRA, Camila. Cota, sim, mas com mérito. *Veja*, São Paulo, 19 out. 2005. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/191005/p_063.html>. Acesso em: 1º out. 2008.

SALZANO, Francisco. Raça, racismo e direitos humanos. *Horizontes Antropológicos*: patrimônio cultural, Porto Alegre, ano 11, n. 23, p. 225-227, jan./jul. 2005.

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

WALZER, Michael. *Da tolerância*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Esferas da justiça*: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003.



COTAS COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL NO E SEGUNDO O DIREITO

Eduardo Carlos Ramalhosa Hortêncio
3º Lugar na Categoria Servidores do MPU

“Democracia é oportunizar a todos o mesmo ponto de partida. Quanto ao ponto de chegada, depende de cada um”. (Fernando Sabino)

Sumário

1 - Introdução

2 - Isonomia – da igualdade formal à igualdade substancial

3 - Modalidades de discriminação – da ilegitimidade à legitimidade do ato

4 - Política de cotas – ação afirmativa como forma de inclusão social

Conclusões

Referências

1 - Introdução

Corrigir os efeitos presentes de uma discriminação ilegítima, buscar a igualdade material efetiva e seu respectivo conceito confundem-se a um só tempo com os fundamentos e objetivos que levaram à instituição das políticas de cotas, entre outras modalidades de ações afirmativas.

Reconhecer, pois, a existência de uma realidade excludente que o país não ostenta, porém a exercita diuturnamente, é relevante passo ao caminho da aceitação das políticas de cotas.

As políticas de cotas, como as demais modalidades de ações afirmativas, fundam-se em princípios legitimadores dos interesses humanos e, sem dúvida, reabrem e incendiam o discurso pós-positivista entre o direito e a ética, tornando efetivos os princípios constitucionais da isonomia e da proteção da dignidade da pessoa humana.

Constatar-se-á que as discriminações positivas são frutos do abandono do estático modelo liberal de igualdade formal em prol do dinâmico modelo social de igualdade material e que tal mudança deu-se a partir da constatação de que a liberdade formal não passava de mera ficção ante as desigualdades socioeconômicas, geradoras de opressão dos mais fracos. Abandona-se o não-intervencionismo libertário como forma de combate à discriminação e implemento da igualdade, e encampa-se uma posição mais ativa do Estado para implementar o efetivo exercício das liberdades fundamentais por meio de prestações positivas, garantindo meios materiais e condições fáticas para viabilizar o exercício dos direitos efetivadores da igualdade.

2 - Isonomia – da igualdade formal à igualdade substancial

Aristóteles já dizia: “se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas e queixas como quando iguais têm e recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais”¹. Aqui entre nós, Rui Barbosa, com sua *Oração aos Moços* inspirada no pensamento do filósofo estagirita, sedimentou o

¹ ARISTÓTELES, 2004, p. 109.

dever de tratar os desiguais de forma desigual, na justa e exata medida de suas desigualdades, com o fim de alcançar a efetiva igualdade material.

É importante, contudo, salientar que o sentido da igualdade na concepção aristotélica não possuía a mesma acepção de hoje por estar atrelado aos vários conceitos de justiça da época. A justiça realizava-se, segundo essa concepção, à medida que se realizava também a igualdade, o que poderia se operar por meio de uma *justiça particular distributiva* ou de uma *justiça particular corretiva*. Em ambos conceitos de justiça, afasta-se a concepção de um mesmo tratamento a todos os indivíduos indistintamente, o que hoje representa a concepção de igualdade formal.

A pedra de toque, no entanto, é que, na justiça distributiva, a igualdade traduzia-se em uma *proporção geométrica* (igualdade geométrica e proporcional) entre os sujeitos e cargos estabelecidos de acordo com critérios de diferenciação constantes da constituição. O mérito das pessoas definia quem são os iguais e quem são os desiguais. Na justiça corretiva, a relação entre os indivíduos era fundada em um mesmo patamar, em coordenação, havia uma igualdade absoluta, que não fazia distinção entre os indivíduos. Enquanto na justiça distributiva quem mais tinha mérito era quem mais recebia bens e honrarias do Estado, na justiça corretiva o ganho e a perda deviam ser respectivamente menores e maiores de formas contrárias, de modo que a igualdade aritmética seria o estado de coisas a ser alcançado após a reparação de uma situação de desigualdade.

Oziel Francisco de Sousa², destacando que nem todos os gregos possuíam o *status* de cidadão, depura com propriedade o pensamento aristotélico acerca da concepção de igualdade e sua aplicação aos tempos modernos, conforme se depreende dos ensinamentos que seguem:

Quando o filósofo grego afirma que, no justo particular distributivo, os homens devem ser tratados como iguais, na medida de seu mérito, ou quando afirma, no caso do justo particular corretivo, que os homens devem ser tidos como absolutamente iguais, não tem em mente o ca-

² SOUSA, 2008, p. 94.

ráter universalista próprio das democracias modernas; ou seja, afirma que todos os homens são iguais – ou ao menos comparáveis, de acordo com seu mérito, entre si – mas, ao mesmo tempo, nem todos os seres humanos são tidos como homens, não no que tange ao gênero, mas sim no que diz respeito à capacidade genérica de possuir e exercer direitos.

Nada obstante a exclusão de grande parcela dos gregos do conceito de cidadão, do qual não faziam parte os escravos, os estrangeiros e as mulheres, que sequer eram considerados humanos, a teoria de Aristóteles foi de suma importância por lançar bases ao conceito de justiça distributiva, principal fundamento das ações afirmativas de hoje, havendo apenas a readequação do conceito das “necessidades” de cada um dos cidadãos.

Foi, no entanto, com Jean Jacques Rousseau em sua obra *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, de 1754, que o conceito de igualdade adquiriu expressão universal, pois, para este filósofo, os homens são iguais em sua essência, ao menos no que se refere a sua condição humana. Todos os homens podem ser comparados em um juízo de *igual-diferente*. Lança-se, com esse pensamento, a semente de que é por meio da utilização do direito e da razão que se corrigem as diferenças exacerbadas entre os seres humanos, como ocorrem com as leis ou atos normativos que instituem ações afirmativas.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, a exemplo das demais desde a Constituição Imperial de 1824, erigiu a igualdade formal ao patamar de direito fundamental, o que, aliás, não poderia ser diferente, vez que o Brasil é signatário de vários tratados voltados à eliminação de toda e qualquer forma de discriminação, conforme se abordará posteriormente. O que se busca, porém, é a igualdade material por meio de tratamento diferenciado para com os desiguais, justamente no intuito de equalizar as diferenças fáticas e de alcançar a tão almejada justiça social. Nesse sentido, oportunos os ensinamentos de Alexandre de Moraes:

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas

diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja existência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado³.

O legislador constituinte, no mesmo passo, não se descurou da igualdade material, prevendo-a em diversas hipóteses da Carta Cidadã: art. 3º, I, III e IV; art. 4º, VIII; art. 5º, I, XXXVII, XLI e XLII; art. 7º, XX, XXXI, XXXIII e XXXIV; art. 12, §§ 2º e 3º; art. 14, *caput*; art. 19, III; art. 23, II e X; art. 24, XIV; art. 37, I e VIII; art. 43, *caput*; art. 146, III, *d*; art. 150, II; art. 183, § 1º; art. 189, parágrafo único; art. 203, IV e V; art. 206, I; art. 208, III; art. 226, § 5º; 231, § 2º etc.

Esses dispositivos constitucionais emanam luz suficiente para agasalhar as ações afirmativas mediante políticas de cotas, sinalando ser árdua a tarefa de erigir e defender a bandeira da inconstitucionalidade de qualquer tratamento diferenciado que se venha estabelecer com fulcro a promover a efetiva igualdade de oportunidades. Carmen Lúcia Rocha Antunes⁴, analisando o inciso VIII do art. 37 da CF, assim se manifesta acerca do intento constitucional:

O que se tem pela regra do art. 37, inciso VIII, da Constituição da República é a expressão ou a revelação do que se contém no princípio da igualdade jurídica, segundo a concepção dinâmica e positiva do constitucionalismo contemporâneo: cota ou percentual de cargos ou empregos públicos reservados a uma categoria desigualada historicamente por preconceito ou discriminação injusta, que se pretende superar, desigualando, agora, positivamente e afirmativamente.

³ MORAES, 2004, p. 67.

⁴ ROCHA, 1996, p. 292.

Por muito tempo, acreditou-se que a simples inclusão do princípio da igualdade em instrumentos normativos seria o suficiente para consolidar a efetiva igualdade e assegurar o exercício dos direitos dela decorrentes, o que logo se revelou uma ficção ante as diferenças inerentes a cada um daqueles ditos como iguais formalmente. Emerge assim a concepção de igualdade material em que não basta a mera declaração formal da igualdade, mas que sejam propiciados mecanismos eficazes voltados à consecução da igualdade efetiva.

Migra-se do estático modelo liberal de igualdade formal ao dinâmico modelo social de igualdade material a partir da constatação de que a liberdade não passava de mera ficção ante as desigualdades socioeconômicas, geradoras de opressão dos mais fracos.

Guilherme Machado Dray⁵ afirma que:

Na realidade, a ideia neutral de igualdade, assente, por sua vez, num conceito de justiça puramente formal, ao tratar de forma absolutamente igual pessoas diferentes ou que se encontravam em situações dissemelhantes, concedendo-lhes idênticas oportunidades, apenas tendia a agravar as desigualdades sociais já existentes, aumentando o fosso que separava os mais abastados dos mais desfavorecidos. *O modelo liberal de igualdade perante a lei ou de “igualdade de oportunidades” puramente formal, viria, pois, a ser amplamente criticado e substituído por um novo conceito de “igualdade de oportunidades” de índole material, nos termos da qual, na esteira do Estado Social de Direito, se impunha a introdução de correções nas desigualdades factuais mediante o recurso às denominadas “discriminações positivas”* [grifo não original].

Oportunos também são os ensinamentos traçados por Alvacir Alfredo Nicz⁶:

Assim, o princípio da igualdade jurídica não se restringe apenas à igualdade formal, mas, principalmente, passa a ser tratada sob a ótica da concepção material como um instrumento hábil para tornar efetivo o alcance da igualdade real. Desta forma, o princípio da igualdade

⁵ DRAY, 1999.

⁶ NICZ, 2004 (separata).

do Estado de Direito insere-se também, agora como proporcionador de oportunidades no âmbito do Estado Social. Com o objetivo de colocar os integrantes da sociedade com as mesmas condições de oportunidades, o princípio da igualdade tem sido trabalho, muitas vezes, no sentido de beneficiar uns em detrimento de outros. Esta ponderação se mostra necessária visando proporcionar a justiça aos mais necessitados, através de mecanismos que igualizem os desiguais ou minimizem no tempo as desigualdades existentes. É desta forma que ao longo dos anos têm sido desenvolvidas ações específicas, buscando eliminar ou reduzir as desigualdades existentes entre categorias sociais, discriminadas negativamente até que elas sejam superadas. Assim se faz pela chamada ação afirmativa. Esta decorre de programas e políticas públicas e/ou privadas exercitadas por ação compensatória para fins de correção de distorções sociais.

Não se olvide ainda que os direitos fundamentais de acesso ao trabalho, à educação, à igualdade e à não-discriminação são direitos elevados à categoria de direitos humanos e, portanto, de valor universal. A garantia deles independe da vinculação de seu titular a uma ordem constitucional determinada, posto que previstos em normas internacionais. Essa universalidade inerente aos direitos humanos desdobra-se na concepção de “eficácia irradiante”, motivo por que esses direitos conferem impulsos e diretrizes à aplicação e interpretação deles, servindo, pois, de vetor ao Estado quer seja na condição de devedor da obrigação social, quer seja na condição de propulsor dos valores dela decorrentes.

Cite-se, por oportuno, o conceito de direitos humanos traçado por Dalmo de Abreu Dallari⁷, para o qual aqueles representam:

uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida.

⁷ DALLARI, 1998, p. 7.

Como corolário da efetividade que os inspira, pode-se dizer que os direitos humanos fundamentais são previsões constitucionais que não só estabelecem um núcleo garantidor de respeito à dignidade humana voltado ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, mas imputam ao Estado uma obrigação negativa, limitando seu poder diante daqueles, bem como uma obrigação positiva, no sentido de envidar esforços (direta ou indiretamente) tendentes a sua consecução.

Já a complementaridade e a interdependência, como nótulas caracterizadoras dos direitos fundamentais, impõem a necessidade de que estes sejam interpretados de forma conjunta com os objetivos constitucionais sem olvidar as diversas intersecções existentes no texto constitucional.

Assim, a promoção da igualdade material carece de modificações culturais e sociais aptas a engendrar na cabeça dos personagens da sociedade a utilidade e a necessidade do pluralismo na vasta gama do convívio social como forma de solidificar a ideia de igualdade na diferença e de aceitação dessa diferença, ainda que essa diversificação se dê, em um primeiro momento, de forma compulsória e por meio de medidas de intervenção do poder público.

Busca-se, então, no e segundo o direito, como fenômeno, ou melhor, como instituto social que é, a desigualação positiva com o intuito de se alcançar a efetiva igualação jurídica.

Vale a pena trazer à baila as abalizadas lições de Carmen Lúcia Antunes Rocha⁸, segundo as quais:

[...] a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida com uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos engravados na cultura dominante da sociedade. *Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o direito, tal como assegurado formal e materialmente no*

⁸ ROCHA, 1996, p. 283.

sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias [grifo não original].

Para abandonar a igualdade meramente formal e enveredar pela implementação da igualdade material, o Estado necessariamente tem que transmutar sua finalidade de mero conservador e espectador das diferenças, atitude própria da concepção clássica dos Estados Liberais, para encampar uma atitude de transformação efetiva da sociedade, evoluindo para um Estado Social Ativo, corrigindo efetivamente as desigualdades fáticas.

Promover a inserção de grupos socialmente alijados em decorrência da exclusão promovida por circunstâncias históricas ou genéticas que, via de consequência, desencadearam diversas formas de discriminação, como será tratado, é forma não só de garantir, mas também de implementar tanto os direitos fundamentais encetados em nosso ordenamento constitucional, como os direitos humanos, cujo valor é universal.

3 - Modalidades de discriminação – da ilegitimidade à legitimidade do ato

Ante o inter-relacionamento dos temas, não se pode tratar do assunto políticas de cotas como objeto de ações afirmativas sem antes abordar em rápidas e objetivas linhas a discriminação e o tratamento que lhes é conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Mesmo de uma rápida leitura dos dois primeiros artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos é de fácil inferência que os valores “igualdade e fraternidade” inspiram esse texto em nítido reconhecimento formal de que tais primados, além de serem inerentes à condição humana, são imprescindíveis à garantia da dignidade da pessoa e à vida em sociedade. Daí os diversos textos normativos internacionais, bem como nacionais, que tratam da matéria, seja para coibi-la, seja para suprimir os efeitos até então indelévels existentes.

Apenas para citar um deles, a Convenção n. 111 da OIT, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 62.150, de 19.1.1968,

partindo dos fundamentos axiológicos da Declaração da Filadélfia, fixa os critérios gerais sobre discriminação no âmbito das relações do trabalho nos seguintes termos:

- a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

A Declaração da Filadélfia tem como premissa que todos os seres humanos, seja qual for a raça, credo ou sexo, têm direito ao progresso material e desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, em segurança econômica e com oportunidades iguais. Cumpre fazer um parêntese para registrar, conforme restou assentado no abalizado julgamento do HC n. 82424/RS, que a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social, sendo todos, na essência, iguais, motivo por que inaceitáveis e combatíveis estigmas atentatórios aos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana.

A discriminação é, pois, atitude atentatória aos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, tais como a respeitabilidade e a dignidade do ser humano, podendo exteriorizar-se por diversas vias, senão vejamos.

* **Discriminação direta:** caracterizada por práticas intencionais e conscientes que acarretem prejuízos, exclusões, que anulem direitos de pessoas ou grupo determinado.

* **Discriminação indireta:** tida como uma discriminação reflexiva, pois nada obstante não seja consciente ou intencional por parte de quem discrimina, acaba por afetar pessoa(s) que se encontra(m) em

uma circunstância específica. Joaquim Barbosa Gomes, comparando tal modalidade de discriminação à discriminação por impacto desproporcional dos EUA (*Disparate Impact Doctrine*), assim a conceitua:

[...] toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semi-governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material, se em consequência de sua aplicação resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas⁹.

* **Discriminação oculta:** são práticas não declaradas, porém conscientes e intencionais, travestidas por medidas ações aparentemente neutras. Assemelha-se à discriminação indireta, distanciando-se desta pelo vetor *intencionalidade*.

A título de enriquecimento da presente, vale a pena abordar que, no âmbito da discriminação indireta, a doutrina estadunidense aponta duas outras formas específicas de discriminação, quais sejam, a *discriminação pela tradição* e a *discriminação institucional*.

A discriminação pela tradição é aquela praticada por grupos que adotam costumes reiteradamente discriminatórios, transmissíveis de geração a geração, contra determinada pessoa ou grupo, ao passo que a discriminação institucional, na dicção dos profícuos ensinamentos do mestre e humanista Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, é aquela que:

arraiga-se na própria estrutura organizacional da sociedade; o modo de relacionamento entre os grupos sociais; os critérios de aceitação dos indivíduos nesses mesmos grupos ou em relação ao acesso das pessoas aos espaços sociais de atuação profissional, política, religiosa, esportiva, recreativa, associativa ou educacional, entre outras. Não se realça, aqui, o aspecto volitivo ou consciente, mas a própria dinâmica social, segundo o qual os excluídos assim o são,

⁹ GOMES, 2001, p. 24.

não por decisão consciente daqueles que os excluem, mas em razão dos obstáculos sociais que se impõem de forma intransponível¹⁰.

A relevância de ter sob vista essas duas modalidades de discriminação decorre justamente da necessidade de combatê-las diante da probabilidade de se tornarem uma consequência das políticas públicas ou privadas destinadas ao combate da discriminação direta. É que, como se constata do debate proposto pelo tema em estudo, a prática de discriminação direta tem sido combatida e mitigada por políticas públicas compensatórias, o que, de forma indireta, pode induzir e/ou difundir mais discriminação não declarada. E é justamente essa a cautela que se deve ter ao estipular os fatores de *discrimen* nas ações afirmativas, pautando-se, mormente, pela proporcionalidade e razoabilidade, como se abordará adiante.

Usar a palavra discriminação como um recurso compensatório, ou seja, positivo, por meio do qual a lei ou o Poder Judiciário confere instrumentos a pessoas ou grupos de pessoas historicamente vitimados pela discriminação negativa é o sentido incluso no âmbito das políticas de cotas.

O desafio, portanto, das ações afirmativas é abolir do cenário social um quadro em que características imutáveis inerentes a um indivíduo, como cor e sexo, influenciaram ou ainda influenciam, em decorrência de herança histórica ou de discriminação atual, na definição das oportunidades de ingresso no mercado de trabalho, progressão na carreira, desempenho educacional, acesso ao ensino ou participação na vida política, partindo-se da teoria do impacto desproporcional para aferição dessa desigualdade.

A questão que se atravessa para aferir a legitimidade da discriminação positiva é até que ponto as desigualdades promovidas pelas políticas de cotas e por outras ações afirmativas não geram a inconstitucionalidade da medida.

Como se dá no controle de toda modalidade de ato discricionário, pode-se elencar a razoabilidade e a proporcionalidade como

¹⁰ FONSECA, 2006, p. 161-162.

parâmetros e limites para se aferir a legitimidade da discriminação positiva lançada.

Nada obstante pareçam expressões sinônimas ou integrantes de um único instituto, razoabilidade e proporcionalidade não se confundem, motivo por que relevante traçar a diferença científica entre ambas, cuja utilização imprecisa é corriqueira. A *proporcionalidade* efetua ponderação abstrata de princípios em estado de tensão destinados a regular a generalidade das pessoas e a generalidade dos casos. Nela os direitos serão considerados sem, contudo, eliminar sua eficácia mais do que o necessário para harmonizá-los. A *razoabilidade*, diferindo da proporcionalidade, não requer a existência de uma relação de meio e fim. Examinam-se a situação pessoal do envolvido, o critério e a medida. Não se trata de um exame abstrato do bem jurídico e da medida adotada para resguardá-lo, mas de se analisar se aquela medida não importaria na impossibilidade de realização do bem jurídico para determinado indivíduo.

Interessante o voto do ministro Carlos Velloso citando a professora Carmem Lúcia, *in verbis*:

Também dissertou sobre o tema a professora Carmem Lúcia Antunes Rocha, distinguindo o princípio da proporcionalidade do princípio da razoabilidade, podendo aquele ser visualizado sob dois aspectos: pelo primeiro, enfocando-se “a proporcionalidade dos valores protegidos pelos princípios constitucionais”, e, pelo segundo, examinando-se o “aspecto da proporção entre o quanto contido no princípio e a sua aplicação, proibindo-se qualquer excesso na prática do princípio, donde ser ele também chamado de princípio da vedação de excessos”, segundo o magistério de Gomes Canotilho. Já o princípio da razoabilidade assenta-se em que “cada norma tem uma razão de ser”, tem uma razão. Enquanto a proporcionalidade impede excessos, a razoabilidade faz com que se conheça o espírito dos princípios constitucionais a serem aplicados (Carmem Lúcia Antunes Rocha, *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Del Rey Ed., Belo Horizonte, 1994, págs. 52-54)¹¹.

¹¹ STF Pleno, ADI-MC 1511/DF, rel. min. Carlos Velloso, j. em 16.10.1996, *DJ* de 6 jun. 2003, p. 29.

Socorrendo-se das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua monografia acerca do princípio da igualdade¹², é possível enumerar os parâmetros a serem avaliados numa situação de discriminação positiva para aferir respeito ou desrespeito à isonomia. São eles:

- o elemento erigido como fator de desigualação;
- a correlação lógica abstrata entre esse fator e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- a consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional.

Esses critérios, com efeito, podem servir de parâmetros para se aquinhoar a legitimidade da medida de compensação estabelecida. De uma análise detida desses critérios estabelecidos, pode-se chegar à conclusão de que eles não representam, senão, uma faceta específica do binômio razoabilidade – proporcionalidade.

Repita-se que os direitos fundamentais de acesso ao trabalho, à educação, à igualdade e à não-discriminação são direitos elevados à categoria de direitos humanos e, portanto, de valor universal. A garantia deles independe da vinculação de seu titular a uma ordem constitucional determinada, posto que previstos em normas internacionais. Essa universalidade inerente aos direitos humanos desdobra-se na concepção de “eficácia irradiante”, motivo por que esses direitos conferem impulsos e diretrizes à aplicação e interpretação deles.

Há, portanto, uma mudança na concepção de liberdade e discriminação perante o Estado. Abandona-se o não-intervencionismo libertário como forma de combate à discriminação e implemento da igualdade, próprio do Estado liberal clássico, e encampa-se uma posição mais ativa do Estado para implementar o efetivo exercício das liberdades fundamentais por meio de prestações positivas, garantindo meios materiais e condições fáticas para viabilizar o exercício dos direitos efetivadores da igualdade. O Estado social contemporâneo passa a ser devedor de prestações positivas ante a nova dimensão objetiva que os direitos fundamentais passam a adquirir.

¹² MELLO, 2003, p. 21 e desenvolvimento, p. 23-43.

Destaque-se que o art. 5º da Convenção n. 111 da OIT exclui expressamente as discriminações positivas do rol de práticas atentatórias à isonomia. Referido dispositivo possui a seguinte dicção: “As medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho não são consideradas como discriminação”.

Não destoia desse sentido o art. 4º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002, *in verbis*:

Artigo 4º

1. A adoção pelos Estados-Partes de *medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação* na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.
2. A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais, inclusive as contidas na presente Convenção, destinadas a proteger a maternidade, não se considerará discriminatória [grifo não original].

Nada obstante esses preceitos tenham o âmbito de aplicação restrito e específico, não há como se negar sua extensão a tudo que pertine aos direitos humanos, dados os efeitos irradiantes inerentes a estes.

Para finalizar este tópico, já que abordadas as questões da razoabilidade e da proporcionalidade em matéria de restrição, ou melhor, de conformação dos direitos fundamentais, não se pode deixar de mencionar as lições de Robert Alexy¹³, que, citando Häberle, pontifica que a configuração legal de um direito fundamental possui relacionamento direto com os objetivos constitucionais de realizar os direitos fundamentais na vida social:

¹³ ALEXY, 2008, p. 333.

E é Häberle aquele que vai mais além. Segundo ele, *todos os direitos fundamentais são não apenas passíveis e carentes de restrição legal como também de uma “configuração legal”*. Häberle não apenas estende a esfera de configuração a todos os direitos fundamentais, como também utiliza um conceito bastante amplo de configuração. Segundo ele, *a configuração diz respeito “ao objetivo constitucional de realizar os direitos fundamentais na vida social*. Para se atingir esse fim, a Constituição necessitaria “da legislação como um médium e um meio para a realidade social” [grifos não originais].

Ante os fundamentos até aqui expendidos, já se antevê a conclusão inelutável de que as disposições do art. 5º da Constituição transcendem o aspecto da igualdade meramente formal e objetiva. Na verdade, asseguram a igualdade real entre as pessoas, motivo por que o tratamento diferenciado das pessoas diferentes em sua natureza e necessidades, seja por razões genéticas ou histórico-culturais e que por isso passaram por um processo de marginalização social, seja por hipossuficiência decorrente de outros fatores, não vai de encontro e sim ao encontro do primado da isonomia.

4 - Política de cotas – ação afirmativa como forma de inclusão social

Conceder oportunidades iguais a todos tomando-se por base a necessidade de superar as questões das habilidades, sejam elas decorrentes de fatores naturais ou acidentais, no caso dos portadores de deficiência, sejam histórico-culturais, no caso de grupos sociais ou raciais alijados da fruição de direitos sociais e civis indevidamente, é meio não só de garantir, mas de implementar a possibilidade de fruição dos direitos e garantias inerentes à pessoa humana e imprescindíveis a lhes conferir dignidade.

À luz dos incisos, I, III e IV, do art. 3º da Carta Constitucional de 1988, bem como de seu art. 1º que erige a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, vislumbra-se que seria árdua a tarefa de defender, ao menos no plano teórico, a ilegalidade e quiçá inconstitucionalidade das políticas de cotas. Daqueles incisos,

emana a necessidade da erradicação da pobreza e da marginalização, da redução das desigualdades sociais e regionais, com a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Inconstitucionalidade poderá haver, como se abordará a seguir, analisando-se casuisticamente o fator de *discrímen* fixado como parâmetro num caso concreto, mas não abstratamente.

À guisa de ilustração, a previsão no texto constitucional da proteção ao mercado de trabalho da mulher, assim como a reserva de percentual de cargos e empregos públicos para deficientes físicos, sinala, ou melhor, endossa a legitimidade das ações afirmativas em nosso ordenamento.

Se por um lado, em uma análise superficial e com uma visão mitigada, a adoção da políticas de cotas pode parecer um *munus* à sociedade e uma forma velada de “privilégio”, em uma análise mais acurada e mediata, é inelutável a conclusão de que, como ela, se está propiciando a formação de cidadãos e não uma massa de pessoas alijadas da sociedade sociocultural e economicamente ativa à espera de políticas públicas meramente assistencialistas, além de estar oferecendo oportunidades iguais a pessoas substancialmente diferentes em suas capacidades e necessidades.

Cabe chamar atenção que assistencialismo em nada se confunde com solidariedade, sendo de se ressaltar que a solidariedade social integra o rol dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, *ex vi* art. 3^º, I, da Carta Constitucional de 1988.

Em lapidar voto exarado nos autos da ação popular em que se discute a demarcação da terra indígena denominada Raposa Serra do Sol, o ministro Relator Ayres Britto¹⁴ apresenta argumentos contundentes acerca da necessidade e da legitimidade das ações afirmativas em nossa sociedade e que calham à fiveleta à espécie aqui tratada:

74. Também aqui é preciso antecipar que ambos os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de

¹⁴ Disponível a partir do endereço: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=95097>>.

minorias que só têm experimentado, historicamente e por ignominioso preconceito – quando não pelo mais reprovável impulso coletivo de crueldade –, desvantagens comparativas com outros segmentos sociais. Por isso que se trata de uma era constitucional *compensatória* de tais desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de *ações afirmativas* (afirmativas da encarecida igualdade civil-moral). Era constitucional que vai além do próprio valor da inclusão social para alcançar, agora sim, o superior estágio da integração comunitária de todo o *povo brasileiro*. Essa integração comunitária de que fala a Constituição a partir do seu preâmbulo, mediante o uso da expressão “sociedade fraterna”, e que se põe como o terceiro dos objetivos fundamentais que se lê nesse emblemático dispositivo que é o inciso I do art. 3º: “construir uma sociedade livre, justa e *solidária*” (sem destaque no original) [grifos originais].

A concepção das políticas de cotas, como a das demais modalidades de ações afirmativas, parte da necessidade de se abandonar o combate da discriminação unicamente por meio de instrumentos jurídicos de caráter meramente reparatório, ou seja, pós-lesão ao bem jurídico por ela atingido ante a constatação histórica de que a edição de leis com conteúdo proibitivo e respectivas punições não foi suficiente para promover a efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

As convenções da Organização Internacional do Trabalho, mormente a Convenção n. 159, fincaram a bandeira da luta antidiscriminatória no âmbito das relações de trabalho. Foram os primeiros passos tímidos na implementação de ações afirmativas, no entanto, em um âmbito restrito da vasta gama das relações sociais existentes. A relação do trabalho era e é apenas um dos tantos outros campos que carecem das ditas políticas compensatórias, ou melhor dizendo, atuação ativa do Estado do implemento das liberdades do cidadão. Até então, atacavam-se os sintomas de uma doença social sem atacar sua causa primeira.

A adoção de políticas de cotas no âmbito das relações de trabalho chamou atenção para a necessidade não só de remediar, mas também de utilizar instrumentos tendentes a garantir a formação intelectual

de grupos excluídos, abrindo atalhos, rompendo tabus, justamente para propiciar caminhos livres a todos não só na seara trabalhista, mas em todos os campos em que se desenvolvem as atividades socioculturais.

É nesse contexto tendente a suprimir tanto as desvantagens históricas, como a pseudouniversalidade das políticas antidiscriminatórias meramente formais que se antevê a política de cotas, dentre outras ações afirmativas, como instrumento de concretização da igualdade material.

Como exemplos das principais políticas de cotas cogentes existentes no ordenamento jurídico, pode-se sinalar o Programa Universidade para Todos (PROUNI) – instituído pela MP n. 213, convertida na Lei n. 11.096/2005 e regulamentada pelo Decreto n. 5.245/2004 –, a reserva de vagas a pessoas portadoras de deficiência nas empresas privadas – prevista pela Lei n. 8.213/1991 –, assim como a reserva de cargos ou empregos públicos – prevista na Lei n. 8.112/1990 (art. 5º), regulamentada pelo Decreto n. 3.298/1999 – e a reserva de pelo menos 30% das candidaturas dos partidos políticos brasileiros para cada um dos sexos – prevista pelo § 3º, do art. 10 da Lei n. 9.504/1997 –, permitindo que esse patamar mínimo seja preenchido por mulheres.

Joaquim Barbosa Gomes assim conceitua o instituto das ações afirmativas, do qual a política de cotas integra na categoria de medida cogente:

[...] 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 da discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e emprego¹⁵.

A utilização de ações afirmativas nas sociedades em que a igualdade material não é algo vivenciado pela sociedade, mormente aquelas sociedades oriundas de uma história de colonização cujo objetivo

¹⁵ GOMES, 2001, p. 40.

era a exploração, é o meio propício a corrigir distorções históricas e culturais, com reflexos na exclusão econômica nos dias de hoje.

O estabelecimento de uma igualdade meramente formal que não desce às profundezas da origem das desigualdades, limitando-se a expor a condição de desigual e discriminando as pessoas, não atende ao fim a que se propõe, ainda que se adotem medidas para compensá-la como máxima do princípio distributivo. Noutras palavras, não basta estabelecer medidas compensatórias diante de uma situação de desigualdade material sem adentrar nas questões de ordem genética, familiar ou histórica como se esta desigualdade fática não derivasse de opções políticas ou de influência dos instrumentos de dominação de classes mais bem aquinhoadas.

Não se olvide que os direitos fundamentais possuem efetividade e multifuncionalidade como notas caracterizadoras, motivo por que a atuação do Poder Público deve ser não só no sentido de garantir, mas também no de viabilizar a efetivação dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal. A eficácia mínima que os direitos fundamentais requerem não permite que o Estado, assim como a sociedade em geral, satisfaça-se com o simples reconhecimento abstrato desses direitos, podendo e devendo valer-se de mecanismos coercitivos para tanto, como sói ser as ações afirmativas de caráter cogente, v.g., política de cotas.

Pelo que foi exposto até aqui, é possível elencar dois fundamentos para as ações afirmativas: um de natureza compensatória, pois voltado a compensar certos grupos dos danos oriundos do passado, de condutas imemoráveis ou de raízes históricas profundas, e outro inspirado na concepção de justiça distributiva, que seria a concretização da igualdade material de oportunidades.

É importante assinalar também, desde já, inexistir uma corrente predominante acerca do efetivo fundamento das ações afirmativas, visto que umas terão por fundamento a justiça compensatória e outras a distributiva. O que há, é uma forte crítica à justiça compensatória como fundamento das ações afirmativas, ao argumento de que só poderia ser compensado quem porventura tivesse um direito violado e só o responsável pela violação é que poderia ser responsabilizado e

não a coletividade de forma genérica. Ora, não olvidemos, segundo ensinamentos de Rousseau, que as desigualdades surgiram com a própria instituição da sociedade, motivo por que é ela, a sociedade em geral, quem deve suportar não só o dever de promover a igualdade material ou substancial, mas também seu respectivo “custo”.

Não se pode descurar que a utilização das ações afirmativas, na modalidade de justiça compensatória, desencadeie uma discriminação reversa, assim entendida no favorecimento indiscriminado de todos aqueles que pertençam a determinado grupo independente de serem vítimas de discriminação. Já na modalidade de justiça distributiva, deve-se ter o cuidado para que a medida não assuma o papel de assistencialismo ou programa de governo de cunho caritativo.

Convém, desde já, observar que, nada obstante o posicionamento de que a utilização de ações afirmativas não tenha conteúdo discriminatório negativo e sim positivo, há que se estabeleçê-las sem caráter meramente protecionista, com viés assistencialista, sob pena de aí sim transfigurar-se a discriminação positiva em prática discriminatória indireta institucional.

Com seu enfoque e sensibilidade acurados, o ilustre mestre Ricardo Tadeu Marques da Fonseca assim resume a polêmica envolvendo as cotas destinadas aos negros:

A política de cotas provoca muita polêmica, discussão, inclusive no âmbito acadêmico, social e judicial. Alega-se que as cotas atuariam como um paliativo, social e judicial. Alega-se que as cotas atuariam como um paliativo, cuja implementação acarretará uma institucionalização do racismo e não solucionará o problema, que residiria na má qualidade de ensino fundamental e médio. Alguns defendem, por isso, a melhoria das condições reais de ensino ou a adoção de cota para alunos egressos de escolas públicas. Os que defendem a adoção das cotas evocam, justamente, a teoria do impacto desproporcional, que evidencia a presença de alunos de classe média rica ou rica em detrimento de negros ou pobres. Entre os últimos, os negros se destacam como os mais prejudicados, porque, embora se constate, ainda

que de forma muito tímida, a presença de estudantes pobres nas universidades, dentre esses, os que conseguem ingressar são brancos¹⁶.

No aspecto quantitativo, há que ser dissociada a ideia de que as políticas de cotas são destinadas a contemplar somente as minorias. É que a expressão minoria não se refere aos seus destinatários. Minoria, aqui, só se destina a qualificar o rol dos direitos efetivamente assegurados àqueles que carecem das políticas de discriminação positiva. Carmen Lúcia Antunes Rocha¹⁷ assim pontifica com profícuos ensinamentos:

Não se toma a expressão minoria no sentido quantitativo, senão que no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detém o poder. Na verdade, minoria no Direito democraticamente concebido e praticado, teria que representar o número menor de pessoas, vez que a maioria é a base de cidadãos que compreenda o maior número tomado da totalidade dos membros da sociedade política. Todavia, a maioria é determinada por aquele que detém o poder político, econômico e inclusive social em determinada base de pesquisa. Ora, ao contrário do que se apura, por exemplo, no regime de representação democrática nas instituições governamentais, em que o número [e que determina a maioria (cidadão faz-se representar por um voto que é seu, e da soma dos votos é que se contam os representados e os representantes para se conhecer a maioria), em termos de direitos efetivamente havidos e respeitados numa sociedade, a minoria, na prática dos direitos, nem sempre significa o menor número de pessoas. Antes, nesse caso, a minoria pode bem compreender um contingente que supera em número (mas na prática, no respeito, etc.) o que é tido por maioria. Assim o caso dos negros e mulheres no Brasil, que são tidos como minorias, mas que representam maior número de pessoas da globalidade dos que compõem a sociedade brasileira [grifos não originais].

Nesse sentido, as políticas de cotas são políticas implementadas ou patrocinadas pelo Estado com o objetivo de resgatar ou, ao menos,

¹⁶ FONSECA, 2006, p. 177.

¹⁷ ROCHA, 1996, p. 285.

minimizar distorções sociais profundas ou injustiças sociais que condenam “minorias” a baixos salários e escassas oportunidades de acesso à educação ou postos de trabalho; motivo pelos quais funcionam como uma forma de compensar séculos de discriminação e preconceitos, abrindo oportunidades para os integrantes dessas massas, muitas vezes tidas como minorias, numa visão equivocada.

Limitar o conceito de políticas compensatórias, e aí inclusas as cotas, é, no mínimo, não ter noção da realidade sociocultural brasileira. É que uma análise mais detida dessas circunstâncias revela que as minorias são, em verdade, uma grande maioria, ficando mais latente a necessidade de um Estado Social mais ativo em detrimento de um Estado não-intervencionista. A história revela que o liberalismo deste último, calcado na ideia de igualdade formal, nada mais fez que criar um abismo de desigualdade.

Nesse sentido, a mera abstenção estatal não foi suficiente para tornar os indivíduos efetivamente iguais, até porque o próprio Estado Liberal, com o argumento do não-intervencionismo, tolerou e permitiu que se tratassem desigualmente os desiguais, porém, de forma negativa, permitindo a subjugação de grupos ou raças, bem como o alijamento social deles. O dinamismo das relações histórico-sociais revela que não basta a Constituição declarar que todos são iguais perante a lei, vedando simplesmente tratamentos diferenciados, urge que o Estado discrimine, porém positivamente, as pessoas para promover uma verdadeira igualdade.

Adotar políticas de cotas, mormente no âmbito educacional, é o caminho mais profícuo se o objetivo é compensar a segregação sociocultural que o grupo dela beneficiado submeteu-se ao longo da história, pois, com tais medidas, estar-se-á fornecendo subsídios, além de meios de acesso para eliminar o abismo até então existente. Aliás, na dicção dos ensinamentos de Oziel Francisco de Sousa¹⁸, esse é um dos efeitos que se pretende atingir mediante as ações afirmativas, qual seja, *“o de eliminar os chamados ‘efeitos persistentes’ das discriminações ocorridas no passado, que tendem a perpetuar-se”* [grifo não original].

¹⁸ SOUSA, 2008, p. 175.

Há, contudo, que se ter cautela no fator de *discrímen* erigido como parâmetro de ação afirmativa e as correspondentes políticas de cotas sob pena de se estar difundindo oficialmente a prática de discriminação institucional e mera política assistencialista, o que, ao invés de fornecer subsídio ao desenvolvimento dos atributos inerentes à pessoa humana, fomentaria ainda mais o comodismo social.

Ponto nodal que envolve a matéria, portanto, é o fator erigido como causa de *discrímen* para que não se institucionalize o uso indevido desse importante instrumento de correção de distorções sociais, motivo por que a análise de sua legitimidade deve ser feita casuisticamente. Não pode, nesse diapasão, ser utilizada pelo Poder Público como instrumento para dissimular ou mascarar a ineficiência com que gere os serviços públicos postos à população, notadamente na área de ensino, sob pena de malferir a própria gênese e concepção do instituto.

Necessidade e proporcionalidade, como dito alhures, são balizas inerentes à adoção de políticas públicas compensatórias por meio de discriminações positivas e com a única finalidade de conferir igualdade de oportunidades àqueles socialmente desprivilegiados, e, nessa operação de *discrímen*, perquirir a origem da desigualdade não deve passar *in albis*.

A razoabilidade deve estar presente, ademais, não só na causa fundante do *discrímen* positivo, mas também nos efeitos almejados, conforme se depreende dos profícuos ensinamentos de Serge Atchabahian¹⁹ a seguir transcritos:

A relação de confrontação e contraste entre duas ou várias situações devem ser reais e claras, onde causa e efeito seguem o critério da razoabilidade. Portanto, ao se estabelecer elementos discriminadores ou desequiparações procura-se a igualdade pela diferenciação. É óbvio que este procedimento não ocorre arbitrariamente, nem se funda como critério imutável, fixo e absoluto. Deve haver explicação lógica entre aquilo que se torna como motivo de discriminação e as consequências e tratamentos que serão atribuídos a cada situação.

¹⁹ ATCHABAHIAN, 2006, p. 88.

As políticas de cotas estão, assim, diretamente ligadas à concentração de esforços para combater certas injustiças sociais, mas sua legitimidade está umbilicalmente relacionada à exclusão por discriminação, não podendo ser utilizada, repita-se, como instrumento para mascarar, ou suplantar, a ineficiência dos serviços públicos que o Estado está obrigado a prestar, como sói ser com o ensino público, sob pena de afastar-se da razoabilidade necessária a justificar sua criação.

Endossa tal entendimento Mauren Guimarães Taborda²⁰, que, além de estabelecer uma conexão entre o critério de discriminação e a finalidade da norma, fixa a estreita ligação do princípio da igualdade ao da proporcionalidade, conforme se depreende de seus ensinamentos que seguem:

A conexão entre o critério de discriminação e a finalidade da norma deverá ser razoável e suficiente, e o elemento de discriminação não é autônomo em relação ao elemento finalidade. Pelo contrário, é uma decorrência e tem de ser escolhido em função deste. [...] A título de comparação, vale dizer, ainda que atualmente, no Direito Alemão e Português, além da proibição da arbitrariedade, agrega-se à aplicação do Princípio da Igualdade a exigência de proporcionalidade, isto é, de adequação, necessidade, ponderação e proibição do excesso – medida de valor a partir da qual se procede a uma ponderação. Partindo dessas considerações, Canotilho, constata existir uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a discriminação veiculada na norma não se basear: a) em um fundamento sério; b) não tiver sentido legítimo e c) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável [grifos não originais].

Convém, à guisa de debate, questionar: qual o sentido de se estabelecer uma cota para negros em concursos públicos destinados ao provimento de cargos privativos para bacharéis em direito, bacharéis em ciências contábeis ou qualquer outra área que exija titulação específica? Ora, se detentor de bacharelado o é, não implica reconhecer

²⁰ TABORDA, 1998, p. 257-258.

que possui ou ao menos teve acesso aos mecanismos de formação intelectual que os demais bacharéis?

Endossando esse raciocínio, Joaquim Barbosa Gomes²¹ registrou a dificuldade de acesso dos negros à Diplomacia informando que o próprio Itamaraty adotou ação afirmativa custeando bolsas de estudos, a fim de que negros pudessem concorrer em igualdade com os demais candidatos.

Diferente, no entanto, se a cota reservada para concurso público se destinasse às pessoas portadoras de deficiência, uma vez que a escassez ou a limitação dos mecanismos de difusão do conhecimento a tais pessoas, como a impressão de obras em linguagem braille e a tradução de aulas em língua de sinais ou por sistema de áudio, são realidades, ou melhor, situações isoladas e não a regra no sistema de ensino, o que limita a própria formação ou aprimoramento intelectual, inclusive nas universidades. Tal situação não é enfrentada por um afrodescendente ou por pessoa oriunda da rede pública de ensino, uma vez reservando-lhe vaga na universidade, parecendo, portanto, desnecessário lhe reservar vaga em concurso público.

Nessa linha de raciocínio, se constatado que, para as pessoas portadoras de deficiência, as ações afirmativas existentes no âmbito da formação educacional revelam-se escassas e insuscetíveis de produzir compensação real, a manutenção das políticas de cotas nas searas posteriores da vida, como reserva de vagas em concursos públicos ou postos de trabalho em empresas privadas, é medida salutar, além de necessária.

No que tange à exclusão socioeconômica, é de sabença geral que, no Brasil, os ensinos fundamental e médio não são uma conquista de todos e os que a eles têm acesso se deparam com a precariedade da rede pública de ensino. Em geral, apenas as classes mais aquinhoadas têm acesso aos ensinos fundamental e médio de melhor qualidade por meio do sistema particular e, justamente porque têm condições de pagar, alcançam as vagas das universidades públicas e gratuitas, o que revela uma situação teratológica, em que, de um lado, está quem menos precisa e que mais pode e tem acesso e, de outro lado, quem mais precisa, menos pode e não tem acesso.

²¹ GOMES, 2001, p. 28.

A ação afirmativa origina-se, pois, da constatação de que determinado grupo de indivíduos não é capaz, por seus próprios meios, de atingir determinada posição, tornando-se imprescindível a correção das desigualdades fáticas mediante a estipulação desse ponto de equilíbrio entre as aspirações liberais e sociais que são as políticas de cotas.

Taborda²² traça importantes e abalizados ensinamentos acerca da igualdade com a acepção de igualdade de oportunidades, igualdade de chances ou de ponto de partida, senão vejamos:

A igualdade, então, foi pensada em termos de igualdade de chances ou de oportunidades, ou ainda, de pontos de partida, a partir da consideração de que “toda a vida social é considerada como uma grande competição para a obtenção de bens escassos”. Com o objetivo de colocar todos os membros da sociedade em condições iguais de competição pelos bens da vida considerados essenciais, muitas vezes é necessário favorecer uns em detrimento de outros. Introduzem, assim, artificialmente, ou imperativamente, discriminações que de outro modo não existiriam: *uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade anterior: a nova igualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades* [grifo não original].

Essas políticas não devem, nessa linha de raciocínio, ir além dos meios necessários para dotar o respectivo grupo-alvo da capacidade para se autodeterminar e no limite de tempo imprescindível para tanto.

Ir além do simples tratamento uniforme, almejando alcançar a igualdade efetiva no que tange à fruição dos bens da vida deve ser o objetivo de qualquer tratamento desigual. E, para que esse tratamento desigual seja legítimo, deve ser apto a equiparar situações em que a igualação era necessária e inexistia.

Voltemos aqui às lições de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca do elemento erigido como fator de desigualação, da correlação lógica abstrata entre esse fator e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado, e a consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional.

²² TABORDA, 1998, p. 257-258.

Aliado a esses elementos, ousar ainda em asseverar que, na concepção da ideia de “necessidade”, é mister avaliar a origem da situação de desigualdade a ser corrigida para se aquilatar a legitimidade do tratamento jurídico diversificado, ainda que tendente à proteção de um interesse absorvido no sistema constitucional ou internacional, rechaçando-se o protecionismo àqueles que se mantêm na situação de desigualdade por mero comodismo à espera do assistencialismo público ou privado.

Não se pode, ademais, perder de vista que essas medidas de resgate histórico de grupos específicos em decorrência de uma triste herança sociocultural com repercussões econômicas, não podem ter caráter definitivo, mas ao contrário, excepcional e transitório. A concepção de Estado proativo, e aí incluso o Poder Judiciário, não assume as feições de um pai que sustenta o filho por toda sua vida, mas de um pai que encaminha os filhos de forma a adquirirem capacidade para se autodeterminarem.

Colocar em prática políticas que ofereçam acesso à educação e ao emprego é um meio de garantir condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana, direitos que integram o rol de direitos humanos fundamentais, sendo o Estado um dos seus destinatários. Relembre-se que, a propósito, em matéria de direitos fundamentais, os poderes estatais são, a um só tempo, os polos ativo e passivo da relação jurídica emanada desse conjunto institucionalizado de direito e garantias do ser humano; ou seja, têm o dever de respeitá-los e consolidar as ações voltadas a sua implementação.

Nesse diapasão, as políticas de cotas somente poderão ser consideradas como instrumento de efetivação e implementação da isonomia efetiva se e enquanto propiciarem igualdade de oportunidades na medida de sua necessidade, sob pena de aí sim se tornarem uma mitigação ao princípio da isonomia. Ou seja, oferecer condições permanentes, suplantando as desigualdades efetivas, deve ser uma das metas das políticas de cotas, motivo pelo qual a perenidade das ações afirmativas, em detrimento da provisoriedade, caracterizará manifesta e combatível discriminação institucional.

Não é demais analisar o assunto segundo uma exegese meramente gramatical. Conforme o Dicionário Aurélio Eletrônico, a palavra “mitigar”, oriunda do latim *mitigare*, significa abrandar, amansar,

diminuir, motivo por que a palavra mitigação, com efeito, não se presta a imprimir as consequências que se almejam alcançar com as políticas de cotas, uma vez que não limitam o sentido da igualdade, mas o impele, o alimenta, o implementa.

Parafraseando os ensinamentos de Oziel Francisco de Sousa²³, “*permitir o tratamento diferenciado de um em relação ao outro, sempre que a situação concreta assim o exigir*” é imprescindível numa democracia social com fulcro a “*estabelecer uma sociedade equânime na fruição dos seus bens*”.

Repita-se uma vez mais, o uso de cotas deve ser uma situação passageira, cessando paulatinamente e à medida que se corrigem as distorções, igualando-se os desiguais, sob pena de, não o sendo, ir muito além de simplesmente mitigar o princípio da igualdade, mas o malferir.

A excepcionalidade e a temporariedade da adoção das ações afirmativas vêm estampadas no próprio conceito destas tecido por Renata Villas-Bôas²⁴ nos seguintes termos: “[...] um conjunto de *medidas especiais e temporárias* tomadas ou determinadas pelo Estado com o objetivo específico de eliminar as desigualdades que foram acumuladas no decorrer da história da sociedade” [grifo não original].

Por fim, ainda que as políticas de cotas promovessem cerceamento, tal cerceamento possuiria lastro constitucional, visto que tendente à tutela de interesses gerais, ou melhor, direitos fundamentais de maior amplitude e generalidade que aquele mitigado. Nesse sentido, oportunos os ensinamentos de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins²⁵ ao tratarem dos limites e colisões entre direitos fundamentais:

Tais interesses gerais e/ou estatais podem ser lastreados na Constituição e também podem se desdobrar em direitos fundamentais que justifiquem o aludido cerceamento. A segurança pública é um conceito coletivo (Sammelbegriff) que inclui direitos fundamentais (segurança, vida, propriedade etc.) de cada pessoa. A tributação se justifica porque permite o funcionamento dos aparelhos estatais que possibilitam o exercício dos direitos fundamentais e a redis-

²³ SOUSA, 2008, p. 143.

²⁴ VILLAS-BÔAS, 2003, p. 29.

²⁵ DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 134-135.

tribuição do produto nacional (implementando direitos sociais). Disso resulta que a limitação de um direito se justifica pela necessidade de preservar outros direitos, pelo menos de forma indireta.

Não se pode olvidar que os direitos fundamentais possuem a relatividade como nótula característica, relatividade esta que se expressa na máxima da cedência recíproca, motivo por que nenhum direito fundamental pode ter caráter absoluto e eficácia que colida com a de outros direitos fundamentais. Assim, quando se amoldam os direitos fundamentais no interesse de bens jurídicos de igual valor ou ainda de valor superior, não há que se falar em limitação e sim em conformação legítima desses direitos fundamentais.

É visível, portanto, que a utilização de políticas de cotas não representa mitigação do princípio da isonomia, e, ainda que o fosse, não seria uma mitigação ilegítima e sim legítima e constitucionalmente admitida, uma vez que em consentâneo com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de erradicar a pobreza e a marginalização, além de reduzir as desigualdades socio-regionais.

Conclusões

É inelutável, por tudo o que foi exposto, a conclusão de que a adoção das políticas de cotas não é uma mitigação ao princípio da isonomia e sim, nas lições de Robert Alexy, medida de sua configuração, ou melhor, conformação ao objetivo constitucional de realizar os direitos fundamentais na vida social.

Representa, pois, medida constitucional apta à busca e concretização da igualdade, mas não a meramente formal e sim material/real, servindo, portanto, de meio à consolidação do Estado Social ativo efetivador dos direitos humanos. Apenas proibir a discriminação e a punir não é meio eficaz tendente a garantir a igualdade.

Parafraseando Taborda, corrigindo-se uma desigualdade fática anterior, eventual desigualdade criada no sentido de suplantá-la torna-se um instrumento de igualdade, em que essa nova igualdade provém da equiparação de duas desigualdades.

A palavra mitigação, com efeito, não se presta a imprimir as consequências que se almejam alcançar com a política de cotas, visto que não limita o sentido da igualdade, mas o impele, o alimenta, o implementa.

Ademais, as desigualdades surgiram com a própria instituição da sociedade, motivo legítimo para imputar a ela o dever de promover a igualdade material ou substancial, assim como seu respectivo custo.

As cotas como uma das modalidades de ações afirmativas são, pois, os pilares da emancipação social e, por conseguinte, a via para construção de uma sociedade inclusiva que assegure condições de acolhimento de todos, consoante as demandas inerentes às diversidades.

Há, contudo, que se ter em mente que as políticas de cotas, como modalidade de ações afirmativas, somente serão tidas como legítimas até a eliminação das diferenças *existentes entre as pessoas advindas de uma discriminação negativa e no limite de tempo e medidas necessárias a igualá-las, sob pena de, aí sim, adquirir uma conotação superprotetiva e mitigadora do princípio da isonomia*.

Com as cotas, busca-se, então, no e segundo o direito, como instituto social que é, a desigualação positiva das desigualdades fáticas no intuito de se alcançar a efetiva igualação jurídica, viabilizando, assim, a construção de “*uma sociedade livre, justa e solidária*”.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

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

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho*: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho. Coimbra: Almedina, 1999.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos*: o direito do trabalho, uma ação afirmativa. São Paulo: LTr, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 11. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NICZ, Alvacir Alfredo. Iniciativa privada *versus* iniciativa estatal na Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 163, p. 162, jul./set. 2004 (separata).

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 33, n. 131, p. 292, jul./set. 1996.

SOUSA, Oziel Francisco de. *As ações afirmativas como instrumentos de concretização da igualdade material*. São Paulo: All Print, 2008.

TABORDA, Mauren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 211, p. 257-258, jan./mar. 1998.

VILLAS-BÔAS, Renata M. Ações afirmativas. *Revista Consulex*, n.163, p. 29, 31 out. 2003.

