

SIDNEI SCANDOLHERO

**CONSTITUCIONALIDADE E EFICÁCIA DO SISTEMA DE
COTAS UNIVERSITÁRIAS RACIAIS COMO FATOR DE
INCLUSÃO SOCIAL**

MESTRADO EM DIREITO

CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO – UNIFIEO

OSASCO

2007

SIDNEI SCANDOLHERO

**CONSTITUCIONALIDADE E EFICÁCIA DO SISTEMA DE
COTAS UNIVERSITÁRIAS RACIAIS COMO FATOR DE
INCLUSÃO SOCIAL**

Dissertação apresentada ao Centro Universitário FIEO – UNIFIEO, no *Curso* de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, como requisito final para a obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Salvador Frontini.

Área de concentração: Posituação e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos.

OSASCO

2007

SIDNEI SCANDOLHERO

**CONSTITUCIONALIDADE E EFICÁCIA DO SISTEMA DE COTAS
UNIVERSITÁRIAS RACIAIS COMO FATOR DE INCLUSÃO SOCIAL**

Osasco, _____ de _____ de 2007.

NOTA: _____

BANCA EXAMINADORA

DEDICATÓRIA

À minha família, por todo apoio e compreensão.

AGRADECIMENTOS

A todos os familiares que me acompanharam e me deram tanto apoio nessa jornada, em especial aos meus pais.

A todos os colegas que, com espírito de união, tanto me ajudaram.

A todos os professores que com tanta paciência souberam transmitir a experiência necessária para o exercício de outra jornada.

Sou sinceramente grato ao **Prof. Dr. Paulo Salvador Frontini**, meu mestre e orientador exemplar, por toda paciência, toda competência e inefável dedicação a seus orientandos.

Homenagem sincera ao amigo **Salvatore Mandara Neto**, orientado da **Profa. Dra. Anna Cândida da Cunha Ferraz**.

Entre os privilégios da minha dimensão acadêmica, está o de viver no mesmo tempo escolar deste dedicado estudante e poder ouvir em sala de aula, durante o Curso de Mestrado em Direito, o modo como argumentava o seu pensamento jurídico sobre a inconstitucionalidade da questão do sistema de cotas para negros em universidades, que ainda soa como genial novidade.

“A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade.”

(Rui Barbosa. **Oração aos Moços**)

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo evidenciar e questionar a constitucionalidade e eficácia do sistema de cotas universitárias raciais como fator de inclusão social.

Tal sistema de cotas parte da generalização de que todo afrodescendente é necessariamente pobre e marginalizado, o que não é verdade, e por exclusão, todo não afrodescendente é rico, ou no mínimo classe média, o que também não é verdade.

As críticas que o Movimento Negro faz a Gilberto Freire na “democracia racial”, destratando-o como inimigo, decorrem de uma leitura politicamente distorcida.

A visão do autor de Casa Grande e Senzala harmonizou-se com o escopo de nação expressa pelo movimento modernista, que tinha na nossa miscigenação a nossa virtude. Atacar e desvalorizar nossa “democracia racial” é negar nossa extraordinária miscigenação racial, talvez em intensidade única no mundo, o que forma uma de nossas maiores riquezas antropológicas e culturais.

Isso não significa ignorar a existência do racismo no Brasil. Ele existe sim, mas não é a nossa característica dominante, prova disso é o nosso alto grau de mestiçagem.

Portanto, as cotas universitárias raciais ou sociais não fazem sentido, porque não é a cor da pele ou pobreza que impedem os cidadãos de entrar na universidade, mas o péssimo ensino público brasileiro fundamental e médio, que é o principal mecanismo reprodutor da pobreza, inimiga mortal da inclusão social.

Na universidade não há filtro racial ou social e sim intelectual.

Assim sendo, e entendendo-se pela constitucionalidade e eficácia de tais medidas, é desconsiderar a máxima “quando o Direito ignora a realidade, esta se vinga, ignorando o Direito”, partindo-se de um diagnóstico equivocado, atacando-se o efeito (exclusão social universitária) e não a causa (péssima qualidade do ensino público fundamental e médio) prejudicando todos os seus usuários independentemente de cor ou de raça. É como se a lei tivesse o condão de mudar a realidade: a inoperância, o descaso e a omissão do Estado em relação à educação pública, criando, assim, soluções mágicas como as cotas.

Palavras- chave: constitucionalidade, cotas universitárias raciais, inclusão social.

RIASSUNTO

L'obiettivo di questa dissertazione è accentuare e questionare la costituzionalità e l'efficacia del sistema di quote razziali di università popolare come inclusione sociale.

Questo sistema di quote implica come premessa che tutti gli afrodiscendenti siano necessariamente poveri, il che non è vero, e per esclusione, tutti i non afrodiscendenti siano ricchi o appartenenti alla classe media, anche questo non vero.

Le critiche che il Movimento Nero fa a Gilberto Freire nella "Democrazia Razziale" reputandolo come ad un nemico, decorrono da una visione politicamente svisata.

La visione dell'autore di "Casa Grande e Senzala" si è armonizzata con lo scopo di nazione espressa dal Movimento Modernista, il quale aveva nel meticciato la nostra virtù.

Osteggiare e svalorizzare la nostra "democrazia razziale" è negare il nostro straordinario meticciato razziale, forse di intensità unica al mondo, il che comprende una delle nostre ricchezze antropologiche e culturali.

Questo non significa ignorare l'esistenza del razzismo in Brasile, esiste è vero, ma non è la nostra caratteristica dominante, la prova di ciò è il nostro alto grado di meticciato.

Pertanto, le quote razziali di università popolare o sociali non hanno costruito perché non è il colore della pelle o la povertà che impediscono i cittadini di frequentare l'università, ma la pessima qualità della scuola elementare e media brasiliana, il che rappresenta il meccanismo riproduttore della povertà, nemica mortale dell'inclusione sociale.

All'università non c'è un filtro razziale o sociale ma sí intellettuale.

Essendo e comprendendo così dalla costituzionalità ed efficacia di tali misure, è sconsiderare l'aforisma "Quando il Diritto ignora la realtà, questa si vendica ignorando Il Diritto", partendo da un diagnostico equivocado, attaccando l'effetto (esclusione sociale universitária) e non la causa (pessima qualità della scuola elementare e media), nuocendo tutti i suoi utenti indipendentemente dal colore di pelle. Sarebbe come se la legge avesse la facoltà di cambiare la realtà: l'inoperosità, l'imprevidenza e l'ommissione dello Stato in confronto alla scuola pubblica, cercando così soluzioni magiche come le sopraddette quote.

Parole chiave: Costituzionalità, Quote Razziali, Inclusione Sociale.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 HISTÓRICO A RESPEITO DAS SOCIEDADES ESCRAVISTAS E SUAS SEQÜELAS NO MUNDO MODERNO	15
1.1 Preâmbulo.....	15
1.1.1 Origens escravistas da sociedade brasileira	16
1.1.2 História do trabalho infantil escravo no Brasil	17
1.1.3 A exploração do trabalho infantil na indústria.....	21
1.1.4 O trabalho no âmbito doméstico	24
1.1.5 O trabalho rural.....	25
2 PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA RAZOABILIDADE.....	29
2.1 O princípio da igualdade.....	34
2.2 O princípio da razoabilidade.....	49
3 POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA E SEUS MECANISMOS.....	59
3.1 Ações afirmativas	59
3.2 Histórico, origem e experiência estrangeira	61
3.3 A experiência brasileira.....	64
3.3.1 Fontes normativas das políticas afirmativas.....	69
3.3.2 Discriminação legislativa	70
3.4 Aspectos sócio-políticos	75
3.5 Aspectos sócio-jurídicos	77
4 NORMAS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS NO BRASIL	79
4.1 Princípios fundamentais	80
4.2 A Constituição Federal.....	82
4.3 O Direito infraconstitucional federal.....	83
4.3.1 Outros acontecimentos marcantes em prol das ações afirmativas.....	84

4.3.2 No âmbito estadual	89
4.3.3 No âmbito municipal de São Paulo.....	90
5 COTAS UNIVERSITÁRIAS RACIAIS COMO ESPÉCIE DE AÇÕES	
AFIRMATIVAS.....	92
5.1 Ações afirmativas e discriminações positivas	94
5.2 Constitucionalidade/inconstitucionalidade na implementação de cotas universitárias raciais	104
5.3 Argumentos favoráveis e desfavoráveis ao sistema de cotas. Os critérios	109
5.3.1 Argumentos favoráveis	111
5.3.2 Argumentos desfavoráveis	115
5.3.3 Decisões judiciais pela constitucionalidade e inconstitucionalidade.....	126
5.4 Da eficácia das cotas raciais e étnicas no mundo	134
5.4.1 Índia	134
5.4.2 China	135
5.4.3 Malásia	135
5.4.4 Cingapura.....	136
5.4.5 Sri Lanka	137
5.4.6 Nigéria	138
5.4.7 Estados Unidos.....	139
5.5 Da eficácia das cotas universitárias raciais no Brasil	145
CONCLUSÕES.....	156
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	159

INTRODUÇÃO

Esta dissertação tem como objetivo discutir a constitucionalidade e eficácia do sistema de cotas universitárias raciais como fator de inclusão social no Brasil, demonstrando aspectos favoráveis e desfavoráveis a este tipo de iniciativa governamental.

O problema é que o Brasil, embora não considerado formalmente um país racista, com tal medida acaba por reconhecer que o racismo prevalece no país. A escravidão, há muito abolida, parece persistir sob novas formas.

De fato, as diferenças sociais nunca foram eficientemente atacadas no Brasil, a exemplo do que ocorre ainda em muitos países, ocorre o mesmo nos países desenvolvidos.

O povo brasileiro é composto por um arcabouço de raças, credos e filosofias, que o diferencia de qualquer outra nação no mundo.

Embora se evidencie uma idéia de tolerância entre raças, o que ocorre veladamente é exatamente o contrário – os negros, que geralmente fazem parte das classes baixas da população, acabam tornando-se símbolos da pobreza em nosso país. No Brasil, a grande maioria da população está inserida neste contexto.

Infelizmente, o que vigora são interesses escusos, tais como; tráfico de influências, desigualdades econômicas, interesses políticos e financeiros, corrupção e pouco interesse em permitir que estas classes prosperem, criando empecilhos para que tenham acesso a boas escolas, tornando-se cidadãos com senso crítico e criativo.

Políticas governamentais, em princípio bem intencionadas, dando prioridade ao ensino fundamental e à criação de cotas para negros em universidades públicas, parecem ter tido efeito contrário.

Isto ocorre devido à falta de clareza quanto à necessidade de formação integral dos cidadãos. Não há interesse em formar alunos que tenham senso crítico e formação especializada para atuar nos mais diversos ramos. Os recursos e os

melhores empregos estão nas mãos dos mais abastados, geralmente os mesmos que detém o poder econômico e político.

Neste cenário, faz-se necessário um questionamento urgente e inadiável: se prevalecerem as condições atualmente postas, qual será o futuro do nosso país? Que perspectivas terão os jovens e a grande maioria excluída no sistema vigente?

Uma vez que determinar o futuro não é melhorá-lo, deve-se questionar que caminhos devem ser trilhados para, se não for possível alterá-los de imediato, ao menos possibilitar que a população brasileira, com todas as suas diferenças, tenha acesso a uma situação mais digna, mais igualitária, menos atrasada e injusta.

O Brasil não é o primeiro – e a situação de povos africanos e do Oriente Médio nisso nos acompanham – a se ressentir de injustiças e preconceitos acumulados por séculos e jogados para baixo do tapete como se fossem algo de menor importância, que a qualquer momento pudessem ser solucionados. A História está plena de exemplos que, no acúmulo das tensões, resultam em guerras civis, abandono do Estado de Direito, corrupção e ódio entre populações por motivos diversos.

Nas últimas décadas, o Brasil tem se mostrado sensível às causas relativas à discriminação, muito em função da enorme pressão que grupos organizados - principalmente dos negros brasileiros - têm exercido sobre a sociedade e suas estruturas governamentais.

Este trabalho tem a pretensão de contribuir para a discussão do assunto num de seus aspectos fundamentais – a educação, da qual decorre quase todos os demais progressos da humanidade.

Apesar dos aspectos polêmicos e, ao nosso ver, muitas vezes injustos e alienantes que envolvem o tema, além de leis mais justas, deve ser dada à escola uma maior autonomia para atuar na formação de uma nova consciência quanto ao preparo dos jovens, a fim de conseguir sobreviver com dignidade num mundo que descarta e marginaliza aqueles que não conseguem acompanhar sua evolução, por interesses diversos.

A técnica de pesquisa utilizada foi a documental e bibliográfica.

Os métodos de abordagem utilizados para atender as exigências da pesquisa foram o dedutivo e o indutivo, baseado na doutrina e jurisprudência. A análise analítico-sintética transcorreu após estudo do material selecionado, que muito auxiliou para a extração das idéias conclusivas.

A fim de abordar os aspectos mais relevantes do tema, o trabalho foi dividido em cinco capítulos.

No item 1 apresenta-se um preâmbulo histórico, com uma visão geral de como a escravidão foi implantada no Brasil e quais as seqüelas mais observáveis na sociedade atual.

O item 2 se dedicará ao tema que mais acaloradamente tem sido discutido desde a proposição de um sistema de cotas para negros em universidades brasileiras – os princípios da igualdade e da razoabilidade. Assunto definitivamente não pacificado, os doutrinadores se dividem entre os que consideram inconstitucional a diferenciação de condições dos vestibulandos na concorrência pelas vagas existentes, e os que não vêem outra opção que trate desiguais como desiguais, para lhes garantir a aquisição do próprio direito de igualdade.

No item 3 pretende-se discutir as políticas de ação afirmativa em sua natureza jurídica, observando seus aspectos sócio e político jurídicos. Esses aspectos serão vistos dentro da ótica das experiências realizadas no exterior e no território nacional.

No item 4 serão examinadas as normas constitucionais e infraconstitucionais que dizem respeito às ações afirmativas, em seus âmbitos federal, estadual e municipal.

O item 5 abordará as cotas universitárias raciais como espécie de ação afirmativa, analisando argumentos e algumas decisões judiciais favoráveis e contrárias às cotas, na solução dos conflitos levados à Justiça, também serão examinadas a sua eficácia em alguns países e no Brasil.

As conclusões pretendem separar alguns aspectos analisados, para lhes dar um contorno de continuidade de discussão, sendo um apanhado geral do que tivemos até aqui e do que, com certeza, teremos daqui para frente.

Não se pretende fechar o círculo de discussões, ao contrário, quer-se ampliá-lo e se possível, criar novas luzes para novas discussões, oferecendo uma

contribuição ao debate de idéias para a manutenção, melhoria ou extinção da política de cotas.

1 HISTÓRICO A RESPEITO DAS SOCIEDADES ESCRAVISTAS E SUAS SEQÜELAS NO MUNDO MODERNO

1.1 Preâmbulo

A História abriga diversas instituições cruéis e injustas, das quais a escravidão será sempre um dos melhores exemplos. Segundo argumenta VILELA¹, a própria instituição escravista servia para organizar, justificar e legitimar a exploração do trabalho humano de determinadas populações, que não eram sequer consideradas como gente.

No entanto, esta instituição tinha forma legal, apoiando-se em leis, normas e regras criteriosas quanto aos procedimentos cabíveis aos escravos. Esta forma indigna de instituição, ficou conhecida como sociedade escravista ou escravagista².

Tomando por exemplo as nações ibéricas (Espanha e Portugal), verifica-se que estas faziam uso do antigo direito romano relativo à escravidão, cuja influência se fez sentir durante toda a Idade Média europeia. É importante, segundo VILELA³ considerar esse exemplo, pois ele determina a existência de sociedades escravagistas desde a Idade Média e não, como sugerem alguns, que a escravidão teria desaparecido após a queda do Império Romano, só reaparecendo no século XVI. Se assim fosse, só poderíamos considerar a existência de cinco sociedades escravistas: Grécia e Roma Antigas, Estados Unidos, Caribe e Brasil (sendo que nas três últimas a seleção era racial).

É importante ressaltar a posição da infância escrava, visto que ela era principalmente privada dos estudos regulares, além de já integrar o grupo considerado como trabalhadores. No máximo, essas crianças aprendiam um ofício, ao qual se agarravam durante toda a sua vida, pois não possuíam nenhum outro tipo de instrução.

¹VILELA, Magno. *Uma questão de igualdade: Antônio Vieira e a escravidão negra na Bahia do século XVII*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997. p. 96.

²Id. Ibid., p. 100.

³Id. Ibid., p. 100-101.

1.1.1 Origens escravistas da sociedade brasileira

No Brasil, explorar o trabalho escravo era considerado um ato normal, até sua abolição, em 1888. O levantamento bibliográfico a respeito deste tipo de trabalho no Brasil confrontou-se com as dificuldades inerentes aos estudos mais particularizados, relativos ao período da descoberta até o século XIX. A ausência ou a característica incipiente de estudos demográficos, cartórios, registros, assim como a ambigüidade na designação de dados, levaram alguns autores a basear suas pesquisas nos relatos e memórias de viajantes o que, se de um lado revelam o indício do fato concreto, de outro sublinham os fatos percebidos com julgamentos feitos ao relance de um contato muitas vezes efêmero.

Apesar da abordagem microanalítica de muitos trabalhos, as dificuldades esbarram em denominações ambíguas, muitas vezes frutos de preconceitos raciais, tradicionais e de classe. Assim, a frase “crianças sem pai” pode designar órfãos, filhos ilegítimos, abandonados ou mesmo crianças cujo pai está ausente. Já os termos “menor” e “bastardo” não se aplicam jamais a filhos das camadas altas ou médias, por sua conotação negativa de desqualificação, quase um desígnio de miserabilidade.

Outra característica que deve acompanhar a leitura deste levantamento histórico é o fato de que a infância *per se* só se torna visível quando sua existência ultrapassa a capacidade de suas famílias de administrar seu desenvolvimento. Geralmente, é esta ruptura, causada pela morte do mantenedor ou pela miséria e desamparo social, que traz para a cena os “menores” que estão inseridos no trabalho escravo.

A posição jesuítica no Brasil, a respeito da escravidão, não era una. Havia, por exemplo, tolerância com alguns cativeiros chamados “justos” pelos missionários, o que correspondia à aceitação da instituição. Um exemplo do que acontecia aos que se rebelavam contra ela, pode ser citada na vivência de dois jesuítas na Bahia (1583), Miguel Garcia e Gonçalo Leite, que se recusavam publicamente a ouvir em confissão os proprietários de escravos, o que acabou sendo levado à consulta do Tribunal da Mesa da Consciência (Lisboa, Portugal), que declarou, com aval de

juristas e teólogos, que os cativeiros eram justos e lícitos e não podiam ser contestados pelos padres citados, que foram, finalmente, expulsos do Brasil.⁴

1.1.2 História do trabalho infantil escravo no Brasil

O início da colonização do Brasil se deu por volta de 1530, com o envio de muitos homens, poucas mulheres e algumas crianças, na condição de pajens ou grumetes, nas embarcações lusitanas. A razão da menor quantidade de mulheres e crianças era justamente o ambiente propício à sodomia, pedofilia e violação, praticados tanto pelos marujos portugueses quanto pelos piratas que atacavam as embarcações. Houve momentos, no entanto, principalmente entre os séculos XVII e XVIII, em que o número de grumetes nas embarcações portuguesas era igual ou até superior ao de adultos, resultado da elevada taxa de mortalidade, tanto em terras portuguesas quanto nas colônias, causada pelas péssimas condições sanitárias e econômicas⁵.

É de se notar que o trabalho infantil foi importado também em sua concepção de ocupação dos desvalidos, pois era comum desembarcarem das expedições vindas de Portugal crianças órfãs às quais se ensinava o tupi-guarani para que ouvissem a confissão dos nativos⁶.

O recrutamento de crianças como mão-de-obra para viagens marítimas era comum nas áreas urbanas portuguesas, segundo RAMOS⁷, porque as crianças da área rural eram indispensáveis ao trabalho agrícola. Além disso, a falta de mão-de-obra adulta, tanto para servir nos navios como para trabalhar nas possessões ultramarinas favoreciam o recrutamento entre órfãos desabrigados e famílias de pedintes, que se viam diante da oportunidade de receber os soldos de suas crianças e de se livrarem de mais uma boca para alimentar.

De todos os tripulantes, os grumetes eram os menos valorizados, recebendo no máximo a metade do soldo de um marujo e tendo de prestar contas de seus atos

⁴VILELA, Magno. op. cit., p. 143-144.

⁵RAMOS, Fábio Pestana. A história trágico-marítima das crianças nas embarcações portuguesas do século XVI. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2000. p. 8-17.

⁶DEL PRIORE, Mary (Org.). op. cit., p. 96.

⁷RAMOS, Fábio Pestana. op. cit., p. 41.

aos marinheiros e até aos pajens, que, apesar de também serem crianças, cumpriam funções mais nobres e menos arriscadas, como servir a mesa dos oficiais das embarcações. O fato de sua pouca idade não poupava os grumetes de funções pesadas e de risco de morte. Por alojamento, dispunham do próprio convés, expostos à chuva e ao sol, sendo vítimas fáceis das pneumonias e queimaduras.

Segundo DEL PRIORE⁸, os jesuítas consideravam a população indígena, encontrada na Terra de Santa Cruz, almas que deveriam ser ordenadas e adestradas para receber a palavra de Deus. A recém fundada Companhia de Jesus (1534) tinha sua consolidação no papado romano dependente do sucesso da civilização destes indígenas.

Os jesuítas investiam nos “culumins”, “meninos da terra”, “indiozinhos, filhos de gentios” como um exército de pequenos, pregando e sacrificando-se. Além de estudar e participar das inúmeras atividades da vida religiosa, as crianças também caçavam e pescavam, “*para si e para seus pais, que não se mantêm de outra coisa*”, segundo o Padre Manuel da Nóbrega⁹.

Consta de sermão do Padre Anchieta que Deus ensinava que amar “*é castigar e dar trabalhos nesta vida*”¹⁰, do que se depreende que o amor jesuíta que desembarcou no Brasil Colonial em 1549 é feito de disciplina, castigos e ameaças. Mas os jesuítas não desconheciam que as crianças só permaneceriam como um papel em branco até o momento em que entrassem na puberdade. Nesta fase, considerada perigosa para os catequistas, ocorria o momento de ruptura, a escolha entre seguir a seus pais e seus ensinamentos ou abraçar o ideal jesuítico. Era este momento de ruptura o termômetro das dificuldades que a Companhia enfrentaria para sua consolidação na Colônia.

Mais do que significar a volta dos jovens aos costumes de suas origens, a adolescência também unia mamelucos, mestiços e órfãos portugueses na mesma luta pela sobrevivência em condições adversas como as vividas na terra de Santa Cruz.

⁸DEL PRIORE, Mary (Org.). op. cit., p. 36.

⁹Julho de 1559, *apud* CHAMBOULEYRON, Rafael. Jesuítas e as crianças no Brasil quinhentista. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). op. cit., p. 36.

¹⁰José Anchieta, Sermão da Dominga Pós Pentecostes, p. 504, *apud* DEL PRIORE, Mary (Org.). op. cit., p. 13.

Aos poucos, as escolas jesuíticas evoluíam e se espalhavam pela costa e sertão da colônia, agregando em sua preocupação pedagógica, além dos rudimentos da escrita e leitura, normas de conduta e comportamento, música, religião e algum adestramento que conduzisse os alunos a ofício profissional.

Índios e negros formaram o primeiro maciço escravo brasileiro, em subordinação ao branco europeu. De zero a sete ou oito anos a criança negra escrava já desempenhava atividades domésticas e, de oito a doze anos, o “crioulinho, pardinho, cabrinha” entra no mundo dos adultos como aprendiz. A prática de utilização de serviços escravos em idade tão tenra é atestada por inventários, testamentos, cartas de alforria e outros documentos oficiais, dos quais os mais importantes são os de procedência eclesiástica ou da legislação civil, segundo MATTOSO¹¹.

O Código Filipino, vigente durante todo o século XIX, considerava maiores as meninas de 12 (doze) anos e os meninos de 14 (quatorze) anos. A Lei do Ventre Livre (28/9/1871), no entanto, conferia aos senhores a responsabilidade sobre os filhos dos escravos nascidos “ingênuos” até os oito anos completos, quando poderiam optar por receber do Estado uma indenização pecuniária ou continuar com os serviços do menor até a idade de vinte e um anos completos. É de se mencionar que a opção cabia unicamente ao senhor que, muitas vezes, optava por manter os serviços do escravo por mais treze anos, prazo que nenhuma indenização poderia compensar¹².

O que se depreende do até aqui exposto é que existiam três maioridades consideradas então: a religiosa (sete anos, idade da razão), a civil (Código Filipino) e a econômica (decorrente da Lei do Ventre Livre). A maioridade econômica é, de fato, própria à condição escrava e demonstra que é a partir dos oito anos de idade que as crianças negras se percebem “diferentes” e inferiorizadas em relação às crianças brancas. A grande promiscuidade entre senhores e escravas negras gerou também grandes conflitos familiares, como por exemplo: meio-irmãos negros servindo meio-irmãos brancos. A criança escrava convivia não só com irmãos de cores diferentes,

¹¹MATTOSO, Kátia de Queirós. O filho da escrava. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). op. cit., p. 93.

¹²Id., loc. cit.

mas também com irmãos de *status* diferentes, que, legalmente, poderiam vir a ser seus senhores ¹³.

Até os sete anos a criança ainda pode acompanhar a mãe em seus afazeres, mas depois será tratada como escravo adulto, sujeita a castigos e devendo obediência a seu senhor, não mais a sua mãe. O filho da escrava aprende desde cedo que deve trabalhar para merecer sua existência, ser obediente e eficaz. Não há diferença, para seus senhores, no fato de serem crianças, pois é apenas sua menor capacidade de trabalho que estabelece a distinção dos demais escravos adultos.

É neste cenário, em que a família patriarcal, a propriedade territorial e o trabalho escravo representam os parâmetros articuladores da vida social, que se insere a instituição do mercado de trabalho livre no Brasil. A permissividade moral, a escravidão e a desvalorização do trabalho manual estimulam o poder arbitrário que se manifesta nos castigos corporais, na perseguição e na troca de favores entre senhores, escravos e homens livres. Não é de se estranhar, também, que a rede de relações de caráter paternalista alimentasse o mito da generosidade dos coronéis em relação à família e à criadagem.¹⁴

O final do século XIX e início do século XX assistiram a um confronto entre o mundo agrário escravista e a nascente industrialização, com suas conseqüentes mudanças de ordem econômica, social, política e cultural, além da crescente urbanização. O momento decisivo para a constituição das relações capitalistas de produção ocorreu com o fim do sistema escravista e a chegada dos imigrantes que se dedicariam à lavoura, principalmente à cafeeira em São Paulo¹⁵.

Para COLBARI¹⁶, as condições de trabalho dos primeiros trabalhadores livres brasileiros em nada diferiam daquelas encontradas na era escravista. A escravidão ditava as práticas de recrutamento, treinamento e remuneração, baseadas na crença de que os trabalhadores eram dóceis e ignorantes, sujeitos a tratamento similar àquele dado pelo senhor rural aos escravos em sua propriedade. Era comum o pagamento de salários apenas aos mestres e contramestres, reservando-se aos demais operários comida, uniforme e um bônus de fim de ano. Operários eram

¹³MATTOSO, Kátia de Queirós. op. cit., p. 93.

¹⁴COLBARI, Antonia L. *Ética do trabalho*. São Paulo: Ed. Letras & Letras; Ed. da FCAA/UFES, 1995. p. 12 e ss.

¹⁵Id. Ibid.

¹⁶Id. Ibid.

recrutados entre os artesãos (pedreiros, ferreiros etc.), trabalhadores rurais, escravos, ex-escravos, menores órfãos e mulheres.

Não raro, a título de filantropia, promovia-se o recrutamento em orfanatos, juizados de menores e casas de caridade. Para afastar as crianças do vício e da criminalidade, além de aliviar o ônus fiscal da sociedade e da caridade privada, empregavam-se órfãos e crianças abandonadas nas ruas. A mão-de-obra especializada era suprida pelos imigrantes ingleses e aos brasileiros cabiam as funções mais degradantes e mal-remuneradas.

1.1.3 A exploração do trabalho infantil na indústria

Em março de 1917, o Centro Libertário de São Paulo, organização de tendência anarquista, oficializou o Comitê Popular de Agitação contra a Exploração de Menores nas Fábricas, que publicou um manifesto de expressa preocupação com os menores mortos, feridos e mutilados em acidentes nos estabelecimentos industriais¹⁷.

A conturbada situação econômica da época e o crescimento da indústria nacional resultam da presença marcante de crianças e adolescentes no trabalho das fábricas, especialmente no setor têxtil paulista, e implicam uma reação crítica a esta situação mediante a manifestação da imprensa por médicos e sanitaristas. As precárias condições de trabalho a que são submetidos estes jovens não são muito diferentes daquelas enfrentadas pelos adultos, mas a fragilidade física e a inexperiência pioram ainda mais as condições de trabalho insalubre, a falta de segurança e o trabalho noturno.

Na realidade, segundo MOURA¹⁸, muitas são as crianças enviadas precocemente às fábricas para receber salários irrisórios, ou, pior, na condição de aprendiz, sem nada receber. A possibilidade de baixar os custos de produção

¹⁷MOURA, Esmeralda Blanco Bolsonaro de. Infância operária e acidente do trabalho em São Paulo. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). op. cit., p. 266.

¹⁸Id., loc. cit.

incentiva o empresariado a absorver a mão-de-obra inexperiente e barata, como se depreende de anúncio classificado publicado em 1875¹⁹:

Aprendizes

Na rua de S. Bento nº 85 admitem-se meninos de 10 anos para cima, para aprenderem o ofício de empalhador e envernizador e marceneiro.

Outros anúncios da mesma época nem sempre indicam a idade requerida para o emprego, mas o uso de termos como meninos, meninas, *bambini*, indicam a pouca idade desses trabalhadores. A década de 1890, segundo dados estatísticos da Repartição de Estatística e Arquivo do Estado de São Paulo, tem 15% (quinze por cento) do total de mão-de-obra empregada nas indústrias de fumo, fósforos, têxteis, alimentícias, fundições e oficinas de móveis ou mecânicas, representada por menores de idade. Já no início do século XX, o Departamento Estadual do Trabalho registra que mais de 30% (trinta por cento) do total de mão-de-obra empregada na indústria têxtil paulista é representada também por menores. Com relação aos outros setores da economia, a mão-de-obra infantil corresponde, nos 109 estabelecimentos arrolados, a mais de 15% (quinze por cento) do total de trabalhadores empregados na capital paulista²⁰.

Em 1920, a Diretoria Geral de Estatística do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio²¹ apurou que a participação de menores no setor secundário (4145 estabelecimentos recenseados) e têxtil (247 estabelecimentos recenseados) era de mais de 7% (sete por cento) no Estado de São Paulo.

Segundo MOURA²², muitas das crianças que fizeram parte destes recenseamentos provavelmente não fizeram parte da população economicamente ativa nas estatísticas futuras, devido ao simples fato de passarem a engrossar as estatísticas de acidentes de trabalho.

Desde o final do século XIX, as questões do trabalho do menor e dos acidentes de trabalho constituem pontos cruciais da questão social brasileira, por serem indicativas de que uma parcela significativa da população adulta terá sua capacidade para o trabalho parcial ou totalmente comprometida. Isto se dá num

¹⁹ Jornal "A Província de S. Paulo", agosto de 1875, apud DEL PRIORE, op. cit., p. 113-114.

²⁰ Apud MOURA, Esmeralda Blanco Bolsonaro de apud In: DEL PRIORE, Mary (Org.). op. cit., p. 113-114.

²¹ Id. Ibid.

²² Id. Ibid.

contexto em que, à falta de regulamentação específica, toda a responsabilidade pesa sobre o trabalhador, que arca com as conseqüências que os acidentes possam acarretar. Levantamentos efetuados pelo Departamento Estadual do Trabalho, sobre o período de 1912 a 1919, informam que mais de 40% dos operários acidentados têm entre 10 e 20 anos de idade²³.

Os dados relativos a este período tendem a ser ainda mais contundentes se levarmos em consideração que os menores acidentados que o Departamento classifica não inclui os aprendizes, que é a forma como mais freqüentemente estes trabalhadores são arrolados por seus patrões.

Se no âmbito federal, o Governo Provisório da República estabelece, por meio do Decreto Federal nº 1313, de 17 de janeiro de 1891, medidas que visam à regulamentação do trabalho dos menores, no âmbito estadual as medidas existentes são restritas e estão diluídas nos Códigos Sanitários do Estado.

São exemplos da legislação de São Paulo o Decreto Estadual nº 2141, de 14/11/1911, que relaciona a idade de admissão do menor no trabalho industrial à natureza da função a ser exercida e estabelece, no artigo 173, que não podem ser “admitidos como operários os menores de dez anos, podendo os de dez a doze anos executar serviços leves”; a Lei Estadual nº 1596, de 29/12/1917, que estabelece, no artigo 94, medidas para impedir o trabalho dos menores em locais perigosos ou insalubres, em funções que produzam demasiada fadiga e que exijam lidar com máquinas perigosas ou, ainda que requeiram conhecimento e atenção especiais.²⁴

A confrontação entre a legislação em vigor no final do século XIX e os dados estatísticos anteriormente relatados dão conta, no mínimo, de uma fiscalização inoperante ou ineficaz, o que ainda é uma constatação adequada para os dias de hoje.

O aproveitamento da mão-de-obra da criança e do adolescente e a constatação de que se tornam pessoas inutilizadas (levando-se em conta as altíssimas taxas de acidentes do trabalho) revelam a pobreza e o desamparo da população operária brasileira desde o final do século XIX e a exploração praticada

²³MOURA, Esmeralda Blanco Bolsonaro de. op. cit, p. 113-114.

²⁴Id. Ibid.

pelo empresariado. Não raro, os acidentes de trabalho ocorrem aos domingos e em horário noturno.

A discussão sobre o acidente de trabalho, quando este envolve menores de idade, deve se iniciar no momento que precede o acidente, visto que muitas vezes este momento está caracterizado por imprudência ou ato inseguro do trabalhador. Por se tratar de ato próprio da idade, não se poderia deixar de considerar a brincadeira *de* ou *entre* menores nos locais de trabalho, assim como a distração ou atitude relapsa, que, se não resultam em acidentes, podem gerar represálias, castigos e até agressões por parte dos mestres, contramestres e demais operários, o que está relatado por vários dos autores consultados²⁵.

Há de se entender que uma certa irresponsabilidade é própria da infância e adolescência e, naturalmente, expõe a integridade destas pessoas a risco, mas ultrapassar o limiar das fábricas e oficinas e defrontá-las com máquinas que não sabem operar, em funções para as quais não foram adequadamente preparadas ou não têm idade para desempenhar, é multiplicar muitas vezes a chance de prejudicar o melhor desenvolvimento de nossas crianças.

Está presente, no entanto, em todos os documentos bibliográficos levantados, uma tendência a dar ao trabalho do menor um aspecto filantrópico, seja por considerá-lo instrumento de profissionalização, seja por atuar na prevenção da vadiagem, da mendicância e da marginalidade social, além de conferir maior equilíbrio econômico à família operária. Suavizar a realidade das fábricas e oficinas desde o início da industrialização, no entanto, não passa de expediente estratégico para preservar a imagem e os interesses do empresariado.

1.1.4 O trabalho no âmbito doméstico

A produção doméstica pode ser avaliada tomando-se por base os mesmos critérios econômicos da substituição entre tempo e dispêndio, do valor-utilidade dos bens, da economia ou supressão de gastos. Já o assalariamento, que funda um marco divisório entre o indivíduo e sua força de trabalho, manteve-se geralmente

²⁵Esmeralda Blanco Bolsonaro de Moura e Antonia L. Colbari, para citar alguns.

afastado do trabalho doméstico, tradicionalmente gratuito. Se as esposas tiveram sua exclusão do assalariamento gerada no âmbito doméstico, não seria diferente com aqueles que prestam serviços no mesmo espaço físico, sejam eles copeiros, jardineiros, arrumadeiras, cozinheiras e outros profissionais cujo ofício rendia tão-somente o alimento da subsistência, as roupas e, mais raramente, a possibilidade de estudar.

Como vimos no levantamento histórico da escravidão no Brasil, existe uma tendência cultural a disfarçar certos tipos de trabalho como uma resposta benévola do “coronel” ou “feitor”, que resta até hoje, segundo ARRUDA²⁶, disfarçado agora sob o eufemismo “pegar para criar”.

A socióloga Ana Lucia Sabóia²⁷, entrevistada pelo jornal O Estado de S. Paulo, constatou que 33% (trinta e três por cento) das meninas que trabalham em lares alheios não estudam, em contraposição aos 17% (dezessete por cento) que se aplicam às meninas que exercem outra profissão. Além da falta de estudos, dois outros problemas costumam estar associados ao trabalho doméstico segundo a socióloga e chefe da Divisão de Indicadores Sociais do IBGE: a baixa ou nenhuma remuneração recebida e a altíssima carga horária de trabalho²⁸.

Segundo RIZZINI²⁹, nem sempre a família tem distanciamento crítico suficiente para considerar a atividade imposta aos filhos como trabalho. É comum os próprios pais cederem seus filhos para o trabalho doméstico como forma de garantir-lhes alimentação, roupas e educação ou simplesmente para que tenham uma chance de escapar da miséria absoluta.

1.1.5 O trabalho rural

O trabalho rural é o que mais carrega a tradição de empregar escravos e famílias inteiras. Seja nos grandes latifúndios empresariais ou nas pequenas

²⁶ARRUDA, Roldão. A difícil vida das pequenas domésticas. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 26 fev. 2001. p. A8.

²⁷Id. Ibid.

²⁸Id. Ibid.

²⁹RIZZINI, Irma. Pequenos trabalhadores do Brasil. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). op. cit., p. 376.

propriedades vocacionadas para a subsistência, o emprego de mão-de-obra infantil sempre foi tolerado ou incentivado.

Em Pernambuco, Alagoas, São Paulo ou qualquer outro espaço rural brasileiro, as razões para os empregadores utilizarem crianças em atividades agrícolas estão sempre associadas às necessidades de sobrevivência e de complementação da renda. As taxas de desnutrição, mortalidade infantil, esperança de vida e morbidade são índices da gravidade do problema no país.

O trabalhador rural aparece na Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto nº 5.452, de 1º de maio de 1943, no artigo 7º do Título I, para deixar claro que a ele só se aplica a legislação quando lhe é feita menção expressa. Aplicam-se-lhe, portanto, os preceitos pertinentes ao salário mínimo, férias, forma de remuneração, aviso prévio e acidente de trabalho³⁰.

Em seu estudo sobre a situação dos menores no meio rural, Clóvis Caldeira³¹ constata que o trabalho do menor nesta área se dá principalmente nas regiões pouco desenvolvidas economicamente e onde a agricultura congrega a maior parte da população ativa, com a mais alta quota de pessoas dependentes. O atraso tecnológico, aliado ao baixo nível de rendimento familiar, tornam o menor um auxiliar indispensável na atividade agrícola, geralmente, após 11 (onze) anos de idade.

A colheita, segundo o mesmo estudo, é a atividade mais comumente desenvolvida pelas crianças, seja como treinamento para o trabalho agrícola em geral, seja por ter de ser feita em tempo determinado e demandar muita mão-de-obra. Aos poucos, relata Caldeira³², o menor habitua-se com as diversas fases do ciclo de produção – preparo do solo, plantio ou semeadura e colheita – até igualar-se ao trabalho normal do adulto. Geralmente, por volta de 15 (quinze) a 16 (dezesesseis) anos de idade, passa a trabalhar fora do âmbito familiar, atingindo a maioridade de fato e assumindo um forte sentimento de independência.

³⁰CALDEIRA, Clóvis. Menores no meio rural. Rio de Janeiro: Centro Brasileiro de Pesquisas Educacionais, 1960 in Simon Schwartzman e Vera Wrobel, Proposta de Pesquisa Piloto sobre Educação no Setor Rural. <<http://www.schwartzman.org.br/simon/rural2.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2007.

³¹Id. Ibid.

³²Id. Ibid.

A remuneração, segundo OLIVEIRA³³, geralmente inexistente, visto que a sociedade de fato existente na família se estende para o trabalho, ignorando-se a existência de uma relação de emprego. Ainda que insalubres, inseguros e penosos, estes trabalhos recebem justificativas tanto de ordem econômica – são mais baratos – quanto técnica – a pequena estatura da criança é, por vezes, mais adequada a determinadas colheitas.

Ainda segundo OLIVEIRA³⁴, 42,9% do total de crianças trabalhadoras, em 1997, se dedicavam à agricultura, sendo que 54,2% deste total eram representados por crianças e adolescentes entre 10 e 14 anos de idade e 35,5% por adolescentes de 15 a 17 anos.

Para OLIVEIRA³⁵, um dado relevante da abordagem do trabalho rural é o da rur-urbanidade, que se depreende do fato de que o trabalhador rural vive nas periferias urbanas e apenas desenvolve seu trabalho no setor agrícola, o que resulta no agravante da locomoção como “bóia-fria” e dificulta ou impossibilita a freqüência à escola.

A situação de incompetência na fiscalização ajuda a manter situações como a denunciada por José Roberto TOLEDO³⁶. Segundo Toledo, os principais programas do governo federal para a criação de emprego rural e apoio ao pequeno agricultor estão financiando o trabalho infantil. O Pronaf (Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar) é citado como um dos exemplos mais graves, por ajudar a manter 235 mil crianças com menos de 14 anos, entre 1995 e 1998, trabalhando e ausentes das escolas. Além destas crianças, foram também identificados 700 mil jovens, com idades entre 14 e 18 anos trabalhando em empreendimentos bancados pelo Pronaf.

Em seu estudo de 1960, Caldeira³⁷ já alertava para o fato de que, se a agricultura é o principal campo de atuação do menor trabalhador rural, não lhe são estranhas, também, as atividades ligadas à transformação imediata de produtos agrícolas ou ao seu beneficiamento, o que ocorre até hoje e tem como exemplos

³³OLIVEIRA, Oris de; PIRES, Julio Manuel. O trabalho da criança e do adolescente no setor rural. *ST*, n. 102, p. 86, dez. 1997.

³⁴Id., loc. cit.

³⁵Id., loc. cit.

³⁶TOLEDO, José Roberto. Programa financia trabalho infantil. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 12 ago. 1999. Caderno Brasil, p. 7.

³⁷CALDEIRA, Clóvis. op. cit.

trágicos a fabricação de farinha e rapadura. Estes dois produtos fabricados, segundo Caldeira, em qualquer pequeno ou médio estabelecimento rural, são obtidos numa casa-de-farinha ou moenda de cana, no exercício de perigosa atividade, responsável por inúmeros acidentes graves, como amputações totais ou parciais dos membros superiores.

As relações raciais estão na gênese histórica e de desenvolvimento brasileiros, sendo que seu estudo permeou principalmente o século XX, quando Gilberto Freyre constatou que o Brasil construiu, ao longo da história escravocrata, uma miscigenação plena que findou em uma democracia racial³⁸.

No decorrer da história brasileira, o país modificou o eixo das atividades econômicas. A lavoura cedeu à indústria, o artesanato à empresa. A população precisou, então, migrar das fazendas para as cidades, ocorrendo o processo de urbanização, que, por sua vez, fomentou alterações na forma de comércio, além da valorização do cenário econômico. As políticas públicas sempre procuraram favorecer os detentores do poder econômico, restando aos pobres somente esperar pacientemente. Contando com a resignação da pobreza, foi-se construindo um país marcado pelas desigualdades sociais indecentes e concentração de renda escandalosa que chega a ser obscena.³⁹

³⁸SANTOS, João Paulo de Faria. *Ações afirmativas e igualdade racial: a contribuição do direito na construção de um Brasil diverso*. São Paulo: Edições Loyola, 2005. p. 37.

³⁹FREITAS FILHO, Roberto Gonçalves. A Defesa dos Excluídos: mecanismos institucionais e fatores políticos para a defesa dos carentes, p. 337 apud CABRAL, Karina Melissa. Brasil x apartheid social. As ações afirmativas como meio para superação das desigualdades raciais e de gênero. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 677, 13 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6711>>. Acesso em: 17 abr. 2007.

2 PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA RAZOABILIDADE

O princípio é de extrema importância na interpretação das normas: “Ele é real, palpável, substancial e por isso está presente em todas as normas do sistema jurídico, não podendo, por consequência, ser desprezado.”⁴⁰

Toda norma jurídica deve respeitar os princípios constitucionais, daí a necessidade de sua eficácia ser plena.

Os princípios jurídicos constitucionais são extremamente importantes no sistema normativo, sendo considerados as “vigas-mestras, alicerces sobre os quais se constrói o sistema jurídico”.⁴¹

(...) o princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito e explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos horizontes do sistema jurídico e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.⁴²

Os princípios têm grande influência na interpretação de qualquer norma constitucional ou infraconstitucional. Deve-se utilizar os princípios de forma a tornar a norma mais próxima do caso concreto, ou seja, condicionando e iluminando a interpretação das normas jurídicas em geral.

Os princípios detêm os valores fundamentais da ordem jurídica, abrangendo-a por completo.

Segundo RIZZATO NUNES:

(...) os princípios funcionam como verdadeiras supranormas, isto é, uma vez identificados, agem como regras hierarquicamente superiores às próprias normas positivadas no conjunto das proposições escritas ou mesmo às normas costumeiras.⁴³

Se toda interpretação exige um método, como mediador entre o intérprete e o

⁴⁰NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 19.

⁴¹Id. Ibid., p. 37.

⁴²Id., loc. cit.

⁴³Id. Ibid. p. 39.

objeto, na interpretação constitucional haverá certos postulados que deverão anteceder cronologicamente esta tarefa para solução concreta do problema.

Nesse sentido, assim se expressou Celso Ribeiro Bastos⁴⁴:

Postulado é um comando, uma ordem mesma, dirigida à todo aquele que pretende exercer a atividade interpretativa. Os postulados precedem a própria interpretação, e se se quiser, a própria Constituição. São, pois, parte de uma etapa anterior à de natureza interpretativa, que tem de ser considerada enquanto fornecedora de elementos que se aplicam à Constituição, e que significam, sinteticamente, o seguinte: não poderás interpretar a Constituição devidamente sem antes atentares para estes elementos. Trata-se de uma condição, repita-se, da interpretação. Não se terá verdadeira atividade interpretativa se não estiver o intérprete bem imbuído dessas categorias. Concluindo, o intérprete fica diante de enunciados cogentes, dos quais a sua atividade (interpretativo-constitucional) não pode descurar.

Seja a exigência anterior à tarefa interpretativa denominada de postulados, princípios, pressupostos, instrumentos prévios ou hermenêutica, o que importa realmente é que o intérprete tenha consciência de que no universo hermenêutico constitucional uma interpretação não se formalizará dispensando certos princípios que o objeto determina.

Estes postulados muitas vezes não estão positivados no texto constitucional, mas são antes de tudo instrumentos de auxílio do intérprete na tarefa da interpretação das normas constitucionais de direitos fundamentais.

Não há nesse sentido nenhuma opção valorativa prévia, vez que funcionam exclusivamente como instrumentos de auxílio na busca dos valores da constituição.

É, nesse aspecto, novamente pertinente a lição de Celso Ribeiro Bastos⁴⁵:

Por isso, essa série de elementos são realmente pressupostos do sistema constitucional, a serem devidamente preservados e respeitados pela interpretação, e que se passa a analisar sob essa designação genérica de postulados. A interpretação, portanto, deverá, para se considerar como atividade válida, respeitá-los no seu todo, não podendo proceder à escolha de um ou outro.

Não são propriamente extraíveis da Constituição. São uma série de regras que os autores que tratam do Direito Constitucional atualmente seguem.

⁴⁴BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 95-96. Idem: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 370. A lição revela que: Os princípios instrumentais de interpretação constitucional constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta. Nenhum deles encontra-se expresso no texto da Constituição, mas são reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência.

⁴⁵BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit., p. 100.

Extraem-se mais da experiência, da lógica, da evolução histórica, do surgimento e desenvolvimento do próprio constitucionalismo. São postulados, axiomas que se caracterizam pelo aspecto cogente com que se apresentam ao intérprete.

Nesses postulados, muitas vezes o que se coloca são não apenas visões do fenómeno constitucional adquiridas ao longo do tempo, mas, em verdade, algo que esteve presente, ainda que até então não desvendado cientificamente, desde que se promulgou a primeira Constituição, já que é a única forma pela qual se pode imaginar a submissão a uma Constituição.

Trata-se, pois, de um primeiro nível de restrições à atividade subjetiva do intérprete, e que constitui assunto de especial gravidade em qualquer sistema jurídico.

Este é o momento oportuno para situarem-se esses elementos que só para efeito de distinção dos demais enunciados interpretativos, é que se designam por postulados ou axiomas constitucionais.

Trata-se de um catálogo⁴⁶ de princípios geminados pelos esforços doutrinários e jurisprudenciais para auxiliar a tarefa da interpretação das normas constitucionais de direitos fundamentais.

Os princípios a seguir alinhados são classificados por José Joaquim Gomes Canotilho⁴⁷ como catálogos dos princípios constitucionais desenvolvidos segundo uma postura interpretativa das normas constitucionais de direitos fundamentais. Este catálogo que os autores⁴⁸ recortam de forma diversa tornou-se um ponto de referência obrigatório da teoria da interpretação constitucional⁴⁹.

⁴⁶CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1996, p.1207. A lição revela que: A elaboração (indutiva) de um catálogo de tópicos relevantes para a interpretação constitucional está relacionada com a necessidade sentida pela doutrina e práxis jurídicas de encontrar princípios tópicos auxiliares da tarefa interpretativa: (1) relevantes para a decisão do problema prático, (2) metodicamente operativos no campo do direito constitucional formal e material, princípios jurídico-funcionais (ex.: princípio da interpretação conforme a constituição) e princípios jurídico-materiais (ex.: princípio da unidade da constituição, princípio da efectividade dos direitos fundamentais); (3) constitucionalmente praticáveis, isto é, susceptíveis de ser esgrimidos na discussão de problemas constitucionais dentro da base de compromisso cristalizada nas normas constitucionais (princípio da praticabilidade).

⁴⁷CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit., p. 1207.

⁴⁸BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 371-374. A lição revela um catálogo distinto de princípios direcionadores da interpretação constitucional, o qual abrange seguintes princípios: a) princípio da supremacia da constituição, b) princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público, c) princípio da unidade da constituição, d) princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, e) princípio da efetividade.

⁴⁹FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança na constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. A obra da mentora jurídica ressalta a importância dos instrumentos de interpretação constitucional. p. 35-49.

RIZZATO NUNES⁵⁰ ensina a importante distinção entre *princípio* e *valor*, para pacificar tais conceitos na linguagem jurídica corrente. É fato, segundo o doutrinador, que, enquanto *valor* carrega intrinsecamente a relatividade, o *princípio* se impõe como absoluto, não lhe sendo pertinente a relativização.

Se o valor sofre todo tipo de influências históricas, geográficas, sociais etc., o princípio, uma vez constatado, “*impõe-se sem alternativa de variação*”⁵¹. A palavra princípio tem sua origem no latim *principiu*, na concepção de início, origem, mas GAIUS⁵² a definiu como sendo “*a parte mais importante de qualquer coisa*”.

De acordo com RIZZATO NUNES:

(...) o princípio, em qualquer caso concreto de aplicação das normas jurídicas, da mais simples à mais complexa, desce das altas esferas do sistema ético-jurídico em que se encontra para imediata e concretamente ser implementado no caso real que se está a analisar.⁵³

Entretanto, muitas vezes, os doutrinadores relatam dificuldades em buscar a influência dos princípios, deixando-os para uma última análise.

A respeito, leciona RIZZATO NUNES, que:

(...) o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, não é de “Introdução ao Código Civil”, mas verdadeira lei geral para interpretação das demais normas. E, nela, a disposição normativa do art. 4º traz para o sistema jurídico um critério interpretativo que, aparentemente, remete o princípio para essa longínqua exceção aplicativa.⁵⁴

E complementa: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

E, essa mesma regra foi repetida pelo Código de Processo Civil, cujo art. 126, dispõe:

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.⁵⁵

⁵⁰NUNES, Luiz Antônio Rizzato. op. cit., p. 5.

⁵¹Id., loc. cit.

⁵²GAIUS, Digesto, I, 2,1, *apud* BULOS, Uadi Lamêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 115, *apud* VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 16.

⁵³NUNES, Luiz Antônio Rizzato. op. cit., p. 19.

⁵⁴Id. *Ibid.*, p. 21.

⁵⁵Id., loc. cit.

Nos dispositivos supramencionados observa-se que a legislação infraconstitucional apresentou um critério que dá a entender, equivocadamente, que os princípios são os últimos a serem considerados no ato interpretativo, quando o correto é o inverso. Por isso, é preciso entender exatamente o funcionamento de tais dispositivos.

A questão é que, a doutrina e a jurisprudência ficaram com o pensamento errado de que a aplicação do princípio é hierarquicamente inferior à analogia e aos costumes jurídicos, devendo incidir apenas no caso de haver lacunas na norma utilizada.⁵⁶

É necessário que se dê “nova roupagem interpretativa a tais normas, sob pena de remanescer-se em noções equivocadas em relação aos princípios jurídicos, que são fundamentais.”⁵⁷

O profissional do Direito tem importante papel social justamente por tomar o princípio como um bem maior, absoluto, incontornável, com conteúdo histórico humano. Se há aqui um aspecto de subjetividade, é o de justamente levar à necessidade de encontrar princípios absolutos universais capazes de explicar o maior número possível de fenômenos, com o menor número de enunciados fundamentais.

O legislador, no entanto, como ensina MIGUEL REALE⁵⁸, é o primeiro a reconhecer que o sistema de leis não é capaz de suprir toda a extensão da experiência humana, havendo grande carga de imprevisibilidade nas situações vislumbradas pelo legislador durante a feitura da lei. Para estes casos específicos, recorre-se aos princípios gerais do direito que, reconhecidamente, não possuem somente a tarefa de preencher todas as lacunas da legislação.

Ensina ainda MIGUEL REALE⁵⁹ que os princípios gerais do direito são “*enunciações normativas de valor genérico*”, que se prestam ao condicionamento e orientação da compreensão do ordenamento jurídico, seja na sua aplicação e integração, seja na elaboração de novas normas. Nem todos os princípios gerais têm a mesma amplitude, sendo que uns se aplicam ao Direito Constitucional e

⁵⁶NUNES, Luiz Antônio Rizzato. op. cit., p. 22.

⁵⁷Id., loc. cit.

⁵⁸REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 300.

⁵⁹Id. Ibid., p. 300-301.

outros aos ramos infraconstitucionais, sendo correto afirmar que, sendo elementos condicionadores da experiência jurídica, podem ter inúmeras origens, de ordem ética, sociológica, política ou de caráter técnico.

De todos os valores inamovíveis do Direito Natural, pode-se afirmar que é o da *pessoa humana* que transcende o processo histórico, consagrando-se o dito a *pessoa é o valor fonte*⁶⁰. À luz da compreensão do Direito Natural, em contínua objetivação e progressão histórica, não se pode negar que cabe ao juiz, em face da omissão da lei, julgar de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

2.1 O princípio da igualdade

O conceito de igualdade já era estudado na Antiguidade, por filósofos pré-socráticos, chegando aos socráticos, como Sócrates, Platão e Aristóteles, como leciona Canotilho:

O pensamento sofístico, a partir da natureza biológica comum dos homens, aproxima-se da tese da igualdade material e da idéia de humanidade. “Por natureza são todos iguais, quer sejam bárbaros ou helenos” defenderá o sofista Antífon; “Deus criou todos os homens livres, a nenhum fez escravo”, proclamava Alcidas. No pensamento estóico assume o princípio da igualdade um lugar proeminente: a igualdade radica no facto de que todos os homens se encontrarem sob um *nomos* unitário que os converte em cidadãos do grande Estado Universal.⁶¹

Para os gregos, a importância da igualdade relaciona-se ao desenvolvimento da democracia clássica, quando já era valorizada. Isso é observado no final do primeiro ano da guerra do Peloponeso, oração aos mortos de Péricles, transcrita por Tucídides, como segue:

Vivemos sob uma forma de governo que não se baseia nas instituições de nossos vizinhos, ao contrário, servimos de modelo a alguns ao invés de imitar outros. Seu nome, como tudo depende não de poucos mas da maioria, é democracia. Nela, enquanto no tocante às leis todos são iguais para a solução de suas divergências privadas, quando se tratar de escolher (se é preciso distinguir em qualquer setor), não é o fato de pertencer a uma classe, mas o mérito de que dá acesso aos postos mais honrosos; inversamente, a pobreza não é a razão para que alguém, sendo capaz de

⁶⁰REALE, Miguel. op. cit., p. 309-310.

⁶¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit., p. 375.

prestar serviços à cidade, seja impedido de fazê-lo pela obscuridade de sua condição.⁶²

Aristóteles também abordava o conceito de igualdade, porém o relacionava ao estudo da justiça. O filósofo parte da ambigüidade dos termos justiça e injustiça, a fim de que lhe seja possível definir quais os múltiplos conteúdos envolvidos em tais significantes.⁶³ Segundo ele, “muitas vezes, um estado é reconhecido pelo seu contrário”⁶⁴, e prossegue:

Ora, ‘justiça’ e ‘injustiça’, parecem ser termos ambíguos, mas, como os seus diferentes significados se aproximam uns dos outros, a ambigüidade passa despercebida, ao passo que nos casos em que os significados se afastam muito um do outro, a ambigüidade, em comparação, fica evidente; por exemplo (aqui é grande a diferença de forma exterior), como o emprego ambíguo da palavra *kleis* para designar a clavícula de um animal e aquilo com que se tranca uma porta. Assim, como ponto de partida, determinemos as várias acepções em que se diz um homem injusto.⁶⁵

Segundo o filósofo, para se definir o quanto o homem é justo, é necessário definir em que situação ocorre a injustiça.

Aristóteles identificava a justiça total com o cumprimento das Leis. Tal concepção se baseia na noção de ideal de lei, que, infelizmente, nem sempre é condizente com a realidade. O raciocínio aristotélico identifica o justo total com o cumprimento da lei, ao mesmo tempo em que há um apego à noção ideal desta última.⁶⁶

Nesse sentido, Eduardo C.B. Bittar, observa:

Compreenda-se, pois, em quantos sentidos se diz o homem injusto (*ádikos*), para que se compreenda em quantos sentidos se diz o homem justo (*dikos*). O homem injusto é ora aquele que não respeita a igualdade (*ánisos*), ora aquele que não respeita a lei (*paránomos*), ora aquele que toma em excesso aquilo que é bom em sentido absoluto e relativo (*pleonéktēs*).⁶⁷

⁶²TUCÍDIDES, *História da Guerra do Peloponeso*. Trad. Mário da Gama Cury. 4. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1987. p. 109.

⁶³ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 47.

⁶⁴Id. *Ibid.*, p. 104.

⁶⁵Id., loc. cit.

⁶⁶Id. *Ibid.*, p. 105.

⁶⁷BITTAR, Eduardo C. B. *A justiça em Aristóteles*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 88.

O simples respeito à Lei era visto como um ato de justiça, pois a Lei é que obriga - muito embora as leis mal elaboradas sejam ineficientes – a prática de atos virtuosos. O mero respeitador da Lei agiria sempre de modo virtuoso.⁶⁸

Este raciocínio é clarificado por Eduardo C. B. Bittar, da seguinte forma:

Este tipo de justiça é o gênero, o sentido mais amplo que se pode atribuir ao termo. A justiça total é também chamada de justiça universal ou integral, e tal se deve ao fato de ser a abrangência de sua aplicação a mais extensa possível. Pode-se mesmo afirmar que toda a virtude, naquilo que concerne ao outro, pode ser entendida como justiça, e é neste sentido que se denomina justiça total ou universal. De fato, pode-se entendê-la como sendo a virtude completa ou perfeita (*arete téleia*) em relação ao semelhante, e não em absoluto.⁶⁹

Aristóteles faz explícita menção à igualdade, relacionando-a com a justiça, ao afirmar que o injusto é iníquo, o justo é eqüitativo, subentendendo-se que o igual é o ponto intermediário, ou seja, o justo será o meio-termo. A justiça realiza-se, então, para que se realize também a igualdade. Porém, tal igualdade assume diferentes acepções, dependendo de qual subespécie do justo particular se quer referir.

No caso da justiça particular distributiva, a igualdade e a justiça são traduzidas em *proporção geométrica*⁷⁰, entre sujeitos e os cargos, bens e honrarias que recebem do Estado, estabelecida de acordo com um critério de diferenciação dos sujeitos constantes da constituição, que define, em verdade, não quem possui méritos para receber algo do Estado, mas o que é ter mérito. Por isso, este critério diferenciador varia de acordo com o tipo de governo definido pela constituição.

Desta forma, a igualdade, no caso do justo distributivo, será uma igualdade proporcional, pois a quantidade – e a qualidade – dos cargos, bens ou honrarias concedidos pelo Estado aos particulares deve ser proporcional ao quanto cada um dos indivíduos realiza o critério distintivo pela constituição. Assim, por exemplo, no caso da oligarquia, quanto mais abastado o indivíduo, mais importantes os cargos, bens e honrarias a ele conferidos.

Nessa espécie de justo enquadra-se a noção de igualdade existente no princípio da isonomia, contida na máxima aristotélica tratar igualmente os iguais e

⁶⁸ARISTÓTELES. op. cit., p. 42.

⁶⁹BITTAR, Eduardo C. B. op. cit., p. 88.

⁷⁰Id. Ibid., p. 98.

desigualmente os desiguais.⁷¹ E, enfatizando a importância da igualdade numa democracia, Aristóteles ainda diz:

A primeira espécie de democracia é aquela que tem a igualdade por fundamento. Nos termos da lei que regula essa democracia, a igualdade significa que os ricos e os pobres não têm privilégios políticos, que tanto uns como outros não são soberanos de um modo exclusivo, e sim que todos o são exatamente na mesma proporção;⁷²

É evidente, pois, que a comunidade civil mais perfeita é a que existe entre os cidadãos de uma condição média, e que não pode haver Estados bem administrados fora daqueles nos quais a classe média é numerosa e mais forte que todas as outras ou pelo menos mais forte que cada uma delas; porque ela pode fazer pender a balança em favor do partido ao qual se une e, por esse meio, impedir que uma ou outra obtenha superioridade sensível. Assim, é uma grande felicidade que os cidadãos só possuam uma fortuna média, suficiente para as suas necessidades.⁷³

No mesmo sentido, ministrava Rui Barbosa:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.⁷⁴

Não é incomum a existência formal e inútil de Constituições que invocam o que não está presente, afirmam o que não é verdade e prometem o que não será cumprido.

Não se deve esquecer que são discriminatórias as legislações que permitem que diferenças naturais gerem desvantagens reais, ou ainda que, diferenças culturais, sociais, econômicas ou políticas gerem desvantagens fundamentais.

Atualmente, é consenso a máxima de que a verdadeira igualdade não consiste em tratar a todos da mesma maneira, mas sim em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, tem sido isonomia de tratamento constitucionalmente garantida.

⁷¹SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2004. p. 212.

⁷²ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 253.

⁷³Id. *Ibid.*, p. 236.

⁷⁴BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 19.

Para Fábio Konder Comparato, os fundamentos éticos da igualdade se iniciaram a partir do período axial, entre os séculos VIII e II a.C., quando se “formou o eixo histórico da humanidade, apesar das diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais”.⁷⁵ Nesse período, se inicia o entendimento sobre a existência de direitos universais inerentes à pessoa humana. E, prosseguindo:

Concomitantemente nasce a lei escrita, como regra geral e uniforme, aplicável igualmente a todos os indivíduos da sociedade.

Seguindo-se esse contexto, considerava-se que a pessoa não é uma exterioridade, e sim a própria substância do homem, no sentido aristotélico; quer dizer, a forma (ou fôrma) que molda a matéria é que dá ao ser de determinado ente individual as características de permanência e invariabilidade.⁷⁶

A origem do dogma da igualdade não está pacificada, tendo em vista que uns o relacionam à Reforma Luterana, outros à Inglaterra de Locke, ou ainda aos libertários da Revolução Francesa (1789), tem-se por consenso que a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) é o primeiro documento político que reconhece a existência de direitos que são inerentes a todos os seres humanos, não importando o sexo, a raça, a religião, a cultura ou a posição social. Pode-se afirmar que a Federação dos Estados Unidos da América do Norte nasceu sob a bandeira da liberdade e da igualdade de todos perante a lei⁷⁷.

Um dos pontos mais importantes a ser analisado sobre o tema em comento, é justamente o princípio da igualdade sob o ângulo do Direito Constitucional Comparado. O pressuposto de imperatividade da isonomia material, numa sociedade democrática inclusiva, é o núcleo duro de toda a problemática da efetividade dos direitos humanos de cunho social. Por conseguinte, e ainda numa perspectiva global, a igualdade substancial representa em relação à igualdade formal uma propriedade essencial no entendimento do conceito de igualdade que, como é óbvio, está longe de ser indiferente para a apreciação e a interpretação do sistema jurídico no seu conjunto e nas respectivas normas.

Tem-se, pois, que partir da consideração de que o princípio da igualdade desdobra-se em dois princípios: (1) princípio da igualdade formal, que se refere à

⁷⁵COMPARATO, Fábio Konder *apud* ATCHABAHIAN, Serge. *Princípio da igualdade e ações afirmativas*. São Paulo: RCS Ed., 2004. p. 12.

⁷⁶ATCHABAHIAN, Serge. *op. cit.*, p. 12-13.

⁷⁷COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 90, *apud* VILAS-BÔAS, Renata Malta. *op. cit.*, p. 17.

igualdade perante à lei, e, (2) princípio da igualdade material, que diz respeito ao princípio da redução das desigualdades.⁷⁸

Na igualdade formal, *todos os homens são iguais perante a lei*, o que se verifica na Carta Magna brasileira, em seus artigos 3º, IV⁷⁹ e 5º, *caput*⁸⁰. No entanto, como bem lembra RUI PORTANOVA⁸¹, trata-se de princípio dinâmico, que não se acomoda numa fórmula abstrata, mas, ao contrário, se propõe a dar condições para que se busque realizar a igualização de condições desiguais. Para se atingir a igualdade, nada mais necessário que tratar igualmente os que são iguais e de forma desigual os que são desiguais. Por paradoxal que possa parecer, é dentro desse conceito que é possível apreender aspectos que se apresentam como desiguais, para que eles adquiram a igualdade, mediante o respeito às suas particularidades.

A remoção dos obstáculos de fato ao exercício dos direitos fundamentais é a afirmação do princípio de igualdade concretizado por critérios legais de tratamento diferenciador dos indivíduos, em função de parâmetros definidores da sua situação concreta. O princípio da igualdade contém diretiva essencial dirigida ao próprio legislador: tratar por igual aquilo que é essencialmente igual, por desigual aquilo que é essencialmente desigual. A qualificação das várias situações como iguais ou desiguais depende do caráter idêntico ou distinto dos seus elementos nucleares.⁸²

É por esses motivos aqui elencados que não se pode interpretar o princípio isonômico de forma literal, considerando que todo e qualquer meio de discriminação é constitucionalmente proibido, havendo a imperiosa necessidade de construir-se a *igualdade material*, que se efetiva por meio de ações públicas, programas, normas especiais (permanentes ou temporárias), que contribuam para a harmonização dos

⁷⁸VILAS-BÔAS, Renata Mata. op. cit., p. 20.

⁷⁹Art. 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.

⁸⁰Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).

⁸¹PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 39, *apud* VILAS-BÔAS, Renata Mata. op. cit., p. 22.

⁸²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit., p. 424 e 426.

direitos de cidadania.⁸³ A discriminação não entra em conflito com o princípio da igualdade, desde que atingidos os seguintes objetivos⁸⁴:

a) a norma criada não venha a atingir um só indivíduo, ou seja, esteja em consonância com os princípios da generalidade e abstração da norma jurídica;

b) realmente existam nas pessoas, coisas ou situações características e traços que sejam diferenciados;

c) haja uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção que foi estabelecida;

d) a distinção estabelecida tenha um valor positivo, dentro do que é estabelecido pela Constituição Federal.

Para MORAES⁸⁵, a principal violação do direito à igualdade, que enseja, o dano moral, é a prática de tratamentos discriminatórios sem fundamentação jurídica, seja ela baseada em sexo, raça, credo, orientação sexual, nacionalidade, classe social, idade, doença, entre outras. Segundo a autora, a participação em uma sociedade pautada pelo pluralismo, enseja, cada vez mais, o respeito aos direitos dos membros das diversas culturas minoritárias que as formam.

A Constituição Canadense, em 1982, adotou a *Affirmative action programs*:

"(4) Subsections (2) "and (3) do not any law, program or activity that has as its object the amelioration in a province of conditions of individuals in that province who are socially or economically disadvantaged if the rate or employment in that province is below the rate of employment in Canada".

O Tribunal Constitucional Espanhol entende que cabe ao Estado promover condições reais e efetivas quanto à igualdade de indivíduos e grupos.

A Corte Constitucional Alemã declarou, em 28 de janeiro de 1992, uma discriminação positiva favorável às mulheres, proibindo o trabalho noturno com fundamento no artigo e, alínea 2 da Lei Fundamental: "(.. .) vise à l'égalisation des situations matérielles", ou seja, "(...) les désavantages factuels qui touchent en règle

⁸³VILAS-BÔAS, Renata Malta. op. cit., p. 22.

⁸⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 47-48, *apud* VILAS-BÔAS, Renata Malta. op. cit., p.29.

⁸⁵MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 90-91.

*générale les femmes puissent être compensées par des normes qui leur accordent certains avantages".*⁸⁶

Encontra-se ainda a proteção particularizada das populações vulneráveis nos seguintes textos Constitucionais Europeus: a) Finlândia: art. 50, *in fine*; b) Suécia: cap.1 art. 2 *in fine* e arts. 14 e 15, *in fine*; c) Alemanha: arts. 6 (5); 20 (1); d) Bulgária: arts. 35(4), 65; e) Polônia: arts. 67(2), 81; f) Romênia; art. 17; g) Tchécoslováquia: art. 20 (2); h) Áustria: art. 8º, Lei Fundamental de 21/12/1867; art. 19; Tratado de Saint Germain; arts. 62 a 68; Tratado Internacional de 15/5/1955; arts. 7, 26; i) Iugoslávia: Princípios Fundamentais inc. VII, parágrafo 2º (4º item), arts. 170, 171, 245 a 248.⁸⁷

A Constituição da República Federativa do Brasil preconiza que as relações internacionais são regidas pelo princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, destacando que o Estado Brasileiro buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, para a formação de uma comunidade latino-americana de nações.

A reforma constitucional promovida e outorgada à Nação Argentina, em 22 de agosto de 1994, dispõe em seu capítulo quarto – Atribuições do Congresso – art. 75 (23):

Legislar e promover medidas de ação positiva que garantam a igualdade real de oportunidades e de trato e pleno gozo e exercício dos direitos reconhecidos por esta Constituição e por tratados internacionais vigentes sobre direitos humanos, em particular das crianças, mulheres, anciãos e pessoas com incapacidade.⁸⁸

Nesse mesmo sentido, a Constituição Política da Colômbia de 1991, com a Reforma de 1997, em diversos artigos determina que:

Art. 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

Art. 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones

⁸⁶SILVA, Luiz Fernando Martins da. Estudo sociojurídico relativo à implementação de políticas de ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil: aspectos legislativo, doutrinário, jurisprudencial e comparado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 342, 14 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5302>>. Acesso em: 11 abr. 2007.

⁸⁷Id. *Ibid.*

⁸⁸Tradução livre do autor.

de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

Seguindo o mesmo princípio, a Constituição da República do Paraguai de 1992 adotou o princípio de igualdade das pessoas no artigo 46 com a seguinte redação: "Todos os habitantes da República do Paraguai são iguais em dignidade e direitos. Não se admite discriminações. O Estado removerá os obstáculos e impedirá os fatores que os mantêm ou propiciam"⁸⁹.

Observe-se que, se o parágrafo único do art. 4º da Constituição Brasileira tem por princípio e objetivo a integração latino-americana, é de se levar em conta que as Constituições integrantes do chamado Cone Sul buscam a proteção das pessoas ou grupamentos vulneráveis, transbordando os limites da igualdade formal na direção da igualdade real, superando os obstáculos que inviabilizam ou dificultam o exercício da igualdade substancial ou material daqueles que se encontram em desvantagem.

Busca-se, então, por meio de intervencionismo estatal na ordem econômica e social, a realização dos direitos sociais, denominados de segunda geração, tendo sua tutela fundamental voltada para a dignidade da pessoa humana⁹⁰.

Assim, o conceito de ação afirmativa, adotado pelos legisladores, tem por objetivo viabilizar o princípio da dignidade da pessoa humana que exige uma igualdade em sentido axiológico-jurídico material. As políticas de ação afirmativa de caráter étnico-racial têm sido propostas pela alegação da necessidade de estabelecer critérios de diferenciação para se compensar a desigualdade factual de oportunidades, promovendo a superação de obstáculos. A realização da igualdade, enfim, exige diferenciações, discriminações positivas, e isso postula uma intervenção e concretização⁹¹ diferenciadas por parte do legislador.

⁸⁹SILVA, Luiz Fernando Martins da. *op. cit.*

⁹⁰MADRUGA, Sidney. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 39.

⁹¹MANDARA NETO, Salvatore. *Interpretação constitucional: instrumento de concretização dos direitos fundamentais*. 2006. Dissertação (Mestrado) - Centro Universitário FIEO, Osasco, 2006. p. 102. Esta dissertação explica a importante distinção entre a expressão concretização constitucional e realização da constituição, para pacificar o emprego dos conceitos na linguagem jurídica. Conceitua concretização constitucional como a faculdade do legislador completar o espaço normativo de um preceito constitucional e realização da constituição como a efetividade das normas constitucionais no plano social.

Além de acrescentar o capítulo dos direitos individuais com o princípio de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, a Constituição reafirma esse princípio por meio de muitas normas, algumas diretamente determinadoras da igualdade, outras buscando a equidade entre os desiguais mediante a concessão de direitos sociais fundamentais. O art. 5º, I, declara que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Depois, no art. 7º, XXX e XXXI, há regras de igualdade material, regras que proíbem distinções fundadas em certos fatores, ao vedarem diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor, ou estado civil e qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.⁹²

Pontes de Miranda, ainda na vigência da Constituição de 1946, já afirmava:

(...) o princípio todos são iguais perante a lei, dito princípio de isonomia (legislação igual), é princípio de igualdade formal: apenas diz que o concedido pela lei a A, se A satisfaz os pressupostos a, deve ser concedido a B, se B também os satisfaz, para que se não trate desigualmente a B. Tão saturada desse princípio está a nossa civilização que causaria escândalo a lei que dissesse, e. g., 'só os brasileiros nascidos no Estado-membro A podem obter licença para venda de bebidas no Estado-membro A'. Só existem exceções ao princípio da igualdade perante a lei, que é direito fundamental, (...) quando a Constituição mesma as estabelece.

A igualdade material é outra coisa. As concepções em torno dela enchem o nosso século, no plano político, desde as que postulam a igualdade de todos os homens e levariam à política do salário igual, norma que só seria justa se todos fossem iguais em tudo, até as que exageram as desigualdades psíquicas e sociais, descendo às concepções primitivas das estirpes 'divinas', ou 'semidivinas', ou 'nobres', das classes de servos e de escravos (...)"

No intervalo lógico está a concepção, cronologicamente posterior e sintética, de que os homens são 'iguais' e 'desiguais'. A regra do salário mínimo é exemplo, como a da escola única, de política de igualdade material, posto que fique à lei fixar esse salário.⁹³

As regras da justa distribuição são observadas especialmente na legislação trabalhista, quando se distinguem, por exemplo, trabalho diurno e noturno, que podem ser fundados tanto na igualdade material como na desigualdade material. Pontes de Miranda exemplifica a desigualdade material como fundamento da justa distribuição no caso da escolha por concurso, que consiste na organização da

⁹²SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 222.

⁹³MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Questões forenses: direito constitucional, administrativo, penal, processual e privado*: Pareceres n. 25. Rio de Janeiro: Borsoi, 1948. t. 1, p. 229-230.

justiça seletiva baseada na justa atenção e atendimento das desigualdades humanas.

Os mecanismos permanentes para receber e transmitir, com fidelidade, a vontade dos cidadãos, em igualdade de condições, evidencia-se como uma das principais condições da democracia representativa e legitima o processo político.

Embora o princípio da igualdade seja historicamente consagrado nas Constituições brasileiras, nem sempre os aplicadores da lei entenderam assim. A primeira Constituição Republicana, de 1891, em seu artigo 70, declarava eleitores todos os cidadãos maiores de 21 anos que se alistassem, na forma da lei, mas os aplicadores da norma entenderam que ela expressava a intenção de excluir as mulheres.

A primeira vitória da organização para inclusão feminina ocorreu mais de dez anos após sua criação, quando, nas eleições para a Constituinte de 1934, as mulheres conquistaram o reconhecimento do direito de voto e a permissão de comparecerem às urnas como eleitoras e como candidatas.

Durante várias décadas de árdua luta, numa sociedade tradicionalmente dominada pelos homens, as mulheres foram conquistando condições de igualdade, contra discriminações das mais variadas ordens.

Assim, mesmo depois dos inegáveis avanços da Constituição de 1988, as mulheres ainda se defrontam com o preconceito, seu maior adversário, arraigado principalmente nos costumes.

A atual Constituição promoveu mudanças extremamente importantes na superação do tratamento desigual fundado no sexo, ao afirmar, no art. 5º, inciso I, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição.

Ao equiparar direitos e obrigações de homens e mulheres, em todos os níveis, a Constituição ensina que a igualdade de homens e mulheres está contida na norma geral da igualdade perante a lei.

A forma básica de igualdade denominada de “igualdade formal”, é aquela segundo a qual “todos são iguais perante a lei”. Entretanto, como as pessoas não possuem idênticas condições sociais, econômicas ou psicológicas, para se obter o

fim desejado, que é o fundamento jurídico da dignidade humana⁹⁴, logo se verifica que essa espécie de igualdade é insuficiente.

Adotou-se então, uma outra forma denominada “igualdade substancial”. Consiste em tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade. Essa passou a ser a formulação mais avançada da igualdade de direitos, sem evidentemente, prescindir-se da igualdade formal, à qual apenas se acrescentou esta outra, a substancial.⁹⁵

O vínculo de participação em uma sociedade pautada pelo pluralismo compreende, cada vez mais, o respeito aos direitos dos membros das diversas culturas minoritárias – este, o único meio de proteger a pessoa humana em suas relações concretas, e não mais o “cidadão”, conceito abstrato, historicamente ligado ao exercício dos direitos políticos.

Neste cenário, merece ser lembrado o imperativo intercultural tantas vezes invocado por Boaventura de Souza Santos a respeito das tensões de nosso tempo: “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”.⁹⁶

A doutrina moderna, hoje concebe a igualdade num sentido mais amplo, de uma igualdade feita pela lei e uma igualdade por intermédio da lei, uma vez que sob a ótica da igualdade formal, os direitos sociais encontravam-se reduzidos a meros enunciados. A propósito, convém salientar, que a Constituição elevou o princípio da igualdade como regra matriz, incluindo-o no “caput” do artigo 5º, devendo, assim

⁹⁴FRONTINI, Paulo Salvador. Mestrado em Direito, 2005. Nota de aula da disciplina de Direitos Difusos e Coletivos no Plano da Inclusão Social, no Centro Universitário FIEO. Esta referência é de minha inteira responsabilidade, pois foram retiradas de notas de aulas proferidas pelo professor Paulo Salvador Frontini, meu orientador, meu mentor jurídico, na disciplina de Direitos Difusos e Coletivos no Plano da Inclusão Social, no Centro Universitário FIEO, no primeiro semestre de 2005. Em notável observação sobre a dignidade da pessoa humana como matéria de fundo do processo de igualdade formal da norma sustentou o seguinte: “O reconhecimento de institutos constitucionais voltados à dignidade da pessoa humana: vida, liberdade, honra, família, intimidade, trabalho, saúde, etc. Destinatários das normas que resguardam esses bens jurídicos: o Estado e outras instituições sociais: a imprensa, a Polícia, a Justiça, instituições de ensino, a Igreja, a empresa, os sindicatos, etc. Dignidade do trabalhador; dignidade do contribuinte, dignidade da mulher, dignidade do preso; dignidade de quem professa uma religião, etc. Se a Constituição proclama a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, se praticamente tudo está legislado, a que, a final, se resume o princípio da afirmação da dignidade da pessoa humana. Afirmação de um direito: legislação positiva. Execução da legislação: *modus faciendi* conforme ao princípio da dignidade. A dignidade como valor a enriquecer a norma.”

⁹⁵MORAES, Maria Celina Bodin de. op. cit., p. 86-87.

⁹⁶SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1995. p. 92.

nortear a interpretação e a elaboração da lei, assim como os cidadãos, servindo como guia de todos os direitos fundamentais e do próprio Estado Social.

A tarefa do Estado Social é, portanto, promover a igualdade concreta, criando os pressupostos reais e fáticos para o exercício dos direitos fundamentais, ou em outros termos, promovendo a igualdade material, corrigindo as injustiças sociais para assegurar os fins previstos no artigo 3º, realizando a democracia de forma plena.

A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da isonomia, sobre o qual Celso Antônio Bandeira de Mello entende como válido somente como um meio ou ponto de partida, mas não como objetivo a ser alcançado. Dessa forma, questiona sobre:

...qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia?⁹⁷

Para Mello, fatores como raça, sexo e credo religioso não entram em choque com o princípio da isonomia que estabelece três aspectos em que a lei permite o tratamento desigual sem a quebra desse princípio, buscando criar para avaliar ações concretas relativas ao assunto:

a) qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório. Assim, não é na diferenciação que se deve procurar divergências ao princípio isonômico.⁹⁸

b) o segundo reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator criado em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado⁹⁹, reforçando a necessidade de uma pertinência lógica, justificada e não arbitrária, para a discriminação. O artigo 5º, caput da Constituição, nesse sentido, apenas buscou esclarecer que o sexo, a raça, o credo religioso não podem gerar, só por só, uma discriminação.¹⁰⁰

⁹⁷MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997. p. 11.

⁹⁸Id. *Ibid.*, p. 17.

⁹⁹Id. *Ibid.*, p. 21.

¹⁰⁰Id. *Ibid.*, p. 18.

c) a terceira se refere à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e juridicizados.¹⁰¹ Não é qualquer diferença, conquanto real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais. É necessário que o vínculo se apresente constitucionalmente pertinente. As vantagens baseadas em alguma peculiaridade distintiva devem valorizar situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional.¹⁰²

A Constituição Federal de 1988 também traz várias exceções ao princípio da isonomia, inclusive tendo preconizado o Supremo Tribunal Federal que

a igualdade perante a lei que a Constituição Federal assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, não compreende a União e as demais pessoas de direito público, em cujo favor pode a lei conceder privilégios impostos pelo interesse público sem lesão a garantia constitucional".¹⁰³

Desta forma, fica claro o reconhecimento dos Tribunais brasileiros à autorização – por vezes implícita – do princípio da isonomia ao Estado, para que esse se utilize do tratamento desigual, isto quando necessário e de forma justificada.

Neste aspecto, o grande problema é saber quando se deve estabelecer estas distinções.

No entanto, J. J. Gomes Canotilho acredita que haverá observância da igualdade

(...) quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária (...) 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 razoável¹⁰⁴.

Observa, ainda, J. J. Calmon de Passos, que:

... a igualdade substancial é um objetivo constitucionalmente tutelado. Mas como igualar substancialmente pessoas entre si tão diferenciadas? **A única solução é desigualá-las em termos jurídicos para que através desse desigual tratamento se obtenha maior igualdade substancial.** Desigualar

¹⁰¹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. op. cit., p. 21.

¹⁰²Id. Ibid., p. 42.

¹⁰³REVISTA Forense, Rio de Janeiro, n. 201, p. 118.

¹⁰⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit., p. 426.

nesses termos é permanecer fiel ao princípio constitucional da igualdade e seu consectário lógico, o princípio de não discriminação. Desigualar em termos diversos é discriminar, o que está constitucionalmente vetado. Ali, o tratamento desigual deixou de ser discriminador, por ter produzido maior igualdade como resultado. (...) **A mim se afigura que a coluna mestra dessa construção hermenêutica, em matéria do princípio de não discriminação, é o ter-se presente, sempre, que o tratamento desigual só se legitima quando dele resulta maior igualdade em termos substanciais**¹⁰⁵. (Grifos no original)

Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade* traz uma solução a esta questão:

(...) o reconhecimento das diferenças que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões: a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.¹⁰⁶

Sendo assim como se colhe da orientação de Celso Antônio Bandeira de Mello, pode haver discriminação para abraçar a igualdade material entre os seres humanos, considerando os seguintes pressupostos: a) o fator de discriminação, em questão, não pode abraçar um só indivíduo; b) deve-se observar a distinção entre as pessoas e as situações objeto de discriminação, sendo defeso à lei discriminar com base em pressupostos exteriores; c) indispensável um nexó lógico entre o fator de discriminação concretizada pelo regime jurídico; d) o nexó lógico relacionado à função dos interesses deve encontrar abrigo constitucional, focando sempre o bem público.

Uma efetiva análise sobre a violação do princípio da isonomia somente poderá ocorrer se, e quando, formalizados estudos criteriosos de casos concretos.

Somente o respeito aos pressupostos apontados por Celso Antônio Bandeira de Mello asseguram a concretização do princípio da isonomia, ou seja, o caso concreto avaliado deve observá-los, sob pena de nulidade.

¹⁰⁵PASSOS, J. J. Calmon de. O princípio da não discriminação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2990>>. Acesso em: 2 maio 2007.

¹⁰⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. op. cit., p. 21.

Observa-se, finalmente, que a previsão constitucional referente à igualdade de raça está em consonância com a observação dos pressupostos da orientação doutrinária de Celso Antônio Bandeira Mello.

2.2 O Princípio da razoabilidade

Antes de se reconhecer o devido processo legal através das emendas n.º 5 e 14 da Constituição norte-americana, o princípio do *law of the land* se demonstrava eficiente na ação de resistência da cidadania contra o arbítrio governamental, como se denota das Declarações de Direito estaduais que permeiam a história da formação jurídica dos Estados Unidos da América.¹⁰⁷

No entanto, devido o repúdio americano para com as instituições inglesas, a Constituição acaba prevendo um controle muito rígido sobre o Poder Legislativo, uma vez que na Inglaterra o Parlamento goza de predomínio sobre os demais poderes. A Constituição da Pensilvânia, por exemplo, mantém uma repulsa expressa à primazia do Poder Legislativo. Este fator influenciou muito o pensamento dos *founding fathers*, ocasionando que, para evitar a expansão legislativa, veio-se a instituir os instrumentos do *judicial review* e do veto presidencial incidente no processo de legiferação.¹⁰⁸

Desta forma, o constitucionalismo americano rompe com a tradição presente em território europeu, principalmente na França e Inglaterra. Outro aspecto encontra-se no *Bill of Rights* inglês quando comparado a seus equivalentes norte-americanos, pois que enquanto o documento inglês apresenta-se pragmático e de propósitos concretos e localizados, as declarações de direitos norte-americanas, semelhantemente à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, firmam suas bases no liberalismo econômico e no individualismo então vigente, transmitindo sua mensagem em linguagem universalista, chegando a ser abstrata.¹⁰⁹

¹⁰⁷SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional. *PUC-Rio*. Disponível em: <www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/textos/cafpatriz.doc>. Acesso em: 10 mar. 2007.

¹⁰⁸Id. Ibid.

¹⁰⁹Id. Ibid.

As primeiras dez emendas contidas no texto constitucional americano abrangem todo o conteúdo das Declarações de Direitos, formando uma espécie de *Bill of Rights* unificado. O princípio do *due process of law* é então revestido de tutela constitucional pela emenda n.º 5. Terminada a guerra civil e a abolição da escravidão são editadas as emendas n.º 13, 14 e 15, com o objetivo de assegurar as liberdades civis.¹¹⁰

A previsão da garantia do *due process of law* ocorreu em um enunciado elástico, nos moldes do sistema de *common law*, razão pela qual a doutrina e principalmente o ato decisório do magistrado assumem papel de enorme relevância para a construção do entendimento e aplicação da norma¹¹¹, como lembra Ronald Dworkin: “*It matters how judges decide cases.*”¹¹²

Assim sendo, o princípio que inicialmente se restringia a uma garantia processual, hoje se encontra consagrado, passando a coibir os desmandos do Poder Público não somente quanto a sua estética processual, mas também quanto ao seu conteúdo e ao mérito do ato estatal, fundamentando-se nos parâmetros de razoabilidade e racionalidade, demonstrando-se de grande valor ao constitucionalismo e aos demais sistemas jurídicos contemporâneos.

De acordo com o artigo 5º, LIV, da Constituição Federal “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” Dentre as muitas implicações deste enunciado, pode-se retirar de tal prescrição variados pareceres, como a determinação de que ninguém será julgado senão por juízo competente e pré-constituído, além de aplicarem-se ao referido enunciado os brocardos latinos de *nullum crimen sine lege*, ou então *nulla poena sine lege*.

Independente das interpretações que lhe sejam imputadas, este inciso regula na Carta Constitucional o princípio expresso do devido processo legal, originada na redação encontrada no constitucionalismo norte-americano.

O princípio da razoabilidade, também denominado de: princípio da proporcionalidade, menor ingerência possível e proibição do excesso, relaciona-se, conforme a maior parte da doutrina, à construção jurisprudencial da *razoabilidade*,

¹¹⁰SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. op. cit.

¹¹¹Id. Ibid.

¹¹²“O que importa é como os juízes decidem os casos.” (tradução livre do autor). DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press, 1995 *apud* SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. op. cit.

desenvolvida nos Estados Unidos, sob o clima de maior liberdade dos juízes na criação do direito, e de importância significativa nas manifestações da Suprema Corte americana.

Segundo BARROSO, a origem e desenvolvimento do princípio da razoabilidade estão ligados à garantia do devido processo legal, sendo que sua matriz remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na *Magna Charta*, de 1215.¹¹³

Modernamente, sua consagração em texto positivo se deu por meio das emendas V e XIV à Constituição norte-americana, tornando-se a cláusula do *due process of law* uma das principais fontes da expressiva jurisprudência da Suprema Corte nos EUA ao longo dos dois últimos séculos.

Para Suzana de Toledo Barros:

O caráter principiológico das normas de direitos fundamentais implica, por si só, a proporcionalidade em sentido amplo ou a existência de seus elementos ou subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Não é estranho, portanto, que se pretenda derivar o princípio da proporcionalidade da própria essência dos direitos fundamentais.¹¹⁴

Assim sendo, desnecessária a formulação do princípio em referência em termos expressos, tratando-se, como já definiu o constitucionalismo alemão, de norma constitucional não escrita (implícita), decorrente da natureza relativa das normas de direitos fundamentais, mas que nem por isso apresenta menor valia ou aplicabilidade que qualquer outro dispositivo da Carta Constitucional Brasileira.

Ante a diversidade de direitos e garantias alçados pelas Constituições Democráticas ao *status* de normas constitucionais, verifica-se a impossibilidade de serem os mesmos resguardados de modo absoluto, se limitando reciprocamente. Não tendo o Texto Constitucional estabelecido uma ordem de prevalência entre os interesses por ele tutelados, o Princípio da Proporcionalidade apresenta-se como o meio hábil ao correto sopesamento destes valores, a fim de encontrar a melhor solução para cada situação de conflito.

A importância do princípio em pauta vem sendo progressivamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência pátrias, que cada vez mais tem dele se

¹¹³BARROSO, Luís Roberto. op. cit.

¹¹⁴BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 157.

valido como mecanismo indispensável à solução de controvérsias envolvendo as normas de direitos fundamentais.

É importante que se destaque que a prevalência de um direito sobre outro não dependerá de uma valoração prévia e abstrata dos interesses envolvidos (como se houvesse uma "escala de importância" entre eles), mas sim das condições específicas de cada caso em particular.

Serão estas especificidades, aliadas à correta aplicação dos subprincípios anteriormente indicados (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), que deverão nortear a atuação do responsável por qualquer medida restritiva de direitos fundamentais, seja a sua atividade executiva, legislativa, ou jurisdicional.

Em decisão proferida em 16 de março de 1971, o Tribunal Constitucional alemão definiu da seguinte forma o Princípio da Proporcionalidade:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental.¹¹⁵

Em tal decisão é possível identificar dois dos elementos reconhecidos pela doutrina alemã como subprincípios da proporcionalidade, quais sejam, a *adequação* e a *necessidade*.

Conforme afirma Suzana de Toledo Barros, tais elementos, somados à chamada *proporcionalidade em sentido estrito*, devem ser analisados em conjunto para que se possa conferir ao princípio da proporcionalidade a densidade indispensável para alcançar a funcionalidade pretendida pelos operadores do direito.¹¹⁶

Segundo GUERRA FILHO¹¹⁷:

O "princípio da proporcionalidade em sentido estrito" determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o "conteúdo essencial

¹¹⁵BARROS, Suzana de Toledo. op. cit., p. 47.

¹¹⁶Id. Ibid., p. 74-75.

¹¹⁷GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 95.

(*Wesensgehalf*) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana (...).”

Mesmo que se verifiquem desvantagens ao interesse de pessoas, individual ou coletivamente, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens.¹¹⁸

Canotilho¹¹⁹ comenta que:

(i) em primeiro lugar, a lei tem, por vezes, função de execução, desenvolvimento ou prossecução dos fins estabelecidos na Constituição, pelo que sempre se poderá dizer que, em última análise, a lei é vinculada ao fim constitucionalmente fixado; (ii) por outro lado, a lei, embora tendencialmente livre no fim, não pode ser contraditória, irrazoável, incongruente consigo mesma. Nas duas hipóteses assinaladas, toparíamos com a vinculação do fim da lei: no primeiro caso, a vinculação do fim da lei decorre da Constituição; no segundo caso, o fim imanente à legislação imporia os limites materiais da não contraditoriedade, razoabilidade e congruência.

Conforme ensina BARROSO¹²⁰, para o reconhecimento desta dimensão do devido processo legal, este passou por três fases distintas:

(a) sua ascensão e consolidação, do final do século XIX até a década de 30; (b) seu desprestígio e quase abandono no final da década de 30; (c) seu renascimento triunfal na década de 50, no fluxo da revolução progressista promovida pela Suprema Corte sob a presidência de Earl Warren.

Essa teoria começa a se delinear no final do século XIX, em consequência do intervencionismo estatal na área econômica privada, quando a Suprema Corte adere à idéia do *laissez faire*, que entende que o desenvolvimento é promovido por meio de uma menor interferência do Poder Público nos negócios privados.

No entanto, para assegurar o direito das minorias tornou indispensável o intervencionismo judicial. Dentre os direitos e liberdades não econômicas, como a liberdade de religião, expressão, participação política, privacidade, tornaram-se a base do constitucionalismo americano das últimas décadas.

O subprincípio da adequação liga-se à possibilidade do meio escolhido contribuir para a obtenção do resultado pretendido, que, conforme BARROS¹²¹:

¹¹⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. op. cit., p. 95-96.

¹¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit., p. 1300.

¹²⁰ BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 220.

¹²¹ BARROS, Suzana de Toledo. op. cit., p. 76.

(...) a adequação dos meios aos fins traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida, pois, se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional.

Pressuposto da necessidade (ou exigibilidade), por sua vez, é que a medida restritiva seja indispensável para a defesa de determinado direito fundamental, e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, porém menos gravosa. Para que determinada medida possa ser considerada desnecessária ou inexigível, torna-se importante indicar outra medida menos gravosa e concomitantemente apta para lograr o mesmo ou um melhor resultado. Forçoso concluir que a necessidade traz em si o requisito da adequação, pois só há de se falar em exigibilidade se o meio empregado pelo legislador for idôneo à prossecução do fim constitucional.¹²²

Um juízo de adequação e necessidade muitas vezes não é suficiente para se determinar a justiça da medida restritiva adotada em determinada situação, posto que dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece com a noção de justa medida. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, complementar aos demais, serve justamente para se indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. Liga-se, assim, à questão da precedência de um valor sobre outro, ponderando-se os bens em conflito no caso concreto.

Conforme preceitua Suzana de Toledo BARROS, a diferença entre os subprincípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito está no fato de que o primeiro cuida de uma otimização com relação a possibilidades fáticas, enquanto este envolve apenas a otimização de possibilidades jurídicas.¹²³

Para que se possa resolver determinado conflito por meio de um juízo de proporcionalidade, faz-se necessária a aferição da existência, em cada caso, dos subprincípios mencionados anteriormente, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Dessa forma, a aplicação do princípio da proporcionalidade dependerá das circunstâncias fáticas do caso concreto e dos valores envolvidos e constitucionalmente assegurados.

¹²²BARROS, Suzana de Toledo. op. cit., p. 79-81.

¹²³Id. Ibid., p. 83-84.

Um dos maiores problemas enfrentados pelo princípio decorre do exame de proporcionalidade exigir uma ponderação entre valores constitucionais sem que a própria Constituição tenha estabelecido expressamente uma escala hierárquica entre eles, ou seja, não existiria um bem "mais valorado" que outro.

Dessa forma, muitos entendem que uma ponderação entre valores só seria legítima quando o legislador deixasse claro haver um maior peso conferido a determinado bem¹²⁴. Wolgran Junqueira Ferreira e Rosângelo Rodrigues de Miranda, dentre outros, defendem que a prevalência recai sobre o interesse público, uma vez que esse, por derivação do princípio republicano, representa o interesse da sociedade (não do Estado). Outra corrente, na qual se filia Luís Afonso Heck, defende a prevalência dos direitos fundamentais do indivíduo.¹²⁵

Para Suzana de Toledo Barros, apoiada em lição de Robert Alexy, autor da obra *Teoria de los derechos fundamentales*, não é possível estabelecer uma tal ordem de prevalência, sendo que somente mediante a ponderação desses bens no caso concreto, pode-se chegar a um resultado restritivo. Segundo tal raciocínio, poderiam ser evitados os maléficos efeitos de cláusulas gerais permissivas de uma ação estatal com o objetivo de restringir direitos fundamentais, como aquelas do tipo "em razão de segurança pública" ou "para assegurar a moralidade pública" etc.¹²⁶

Esta "dependência" da análise do caso concreto é um dos móveis principais das críticas ao princípio, que se voltam principalmente contra a excessiva margem de subjetivismo que marca sua aplicação pelos órgãos jurisdicionais.

Apesar de tais críticas, cabe lembrar a valiosa lição de José Carlos Barbosa Moreira, quando afirma que "a subjetividade do juiz atua constante e inevitavelmente no modo de dirigir o processo e de decidir". Para ele, necessário destacar o quão freqüentes são as situações em que a lei confia na valoração (mesmo ética) do juiz para permitir a aplicação de normas redigidas com emprego de conceitos jurídicos indeterminados, tais como "bons costumes", "mulher honesta" ou "interesse público".¹²⁷

¹²⁴BARROS, Suzana de Toledo. op. cit., p. 170-171.

¹²⁵MELLO, Rodrigo Pereira de. *Provas ilícitas e sua interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 124.

¹²⁶Id., loc. cit.

¹²⁷MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 93, v. 337, p. 127, 1997.

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual o princípio é apropriado. As Cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir a ou eliminar a colisão de tais direitos.¹²⁸

Partindo-se do princípio da unidade da Constituição, mediante o qual se estabelece que nenhuma norma constitucional seja interpretada em contradição com outra norma da Constituição, e atentando-se para o rigor da regra de que não há formalmente graus distintos de hierarquia entre normas de direitos fundamentais – todas se colocam no mesmo plano – chega-se à necessidade do “princípio da concordância prática”, como observou Konrad Hesse¹²⁹, como uma projeção do princípio da proporcionalidade, cuja virtude interpretativa já foi jurisprudencialmente comprovada em colisões de direitos fundamentais, consoante tem ocorrido no caso de limitações ao direito de opinião.

O princípio da proporcionalidade, apesar de sua extraordinária penetração em todos os domínios do Direito, tem sido alvo de pesadas críticas; algumas descabidas, outras dignas de reflexão, mas todas impotentes para embargar a difusão, o uso, bem como o prestígio do novo princípio, sobretudo no campo do Direito Constitucional, em matéria de contenção dos poderes do Estado, já na via executiva, como na legislação propriamente dita, tocante, em primeiro lugar, à legitimidade de limites que possam ser traçados ao exercício dos direitos fundamentais.¹³⁰

Em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor no uso jurisprudencial.¹³¹

¹²⁸BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006. p. 425.

¹²⁹HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 66 e ss.

¹³⁰BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 428.

¹³¹Id. Ibid., p. 434.

No Brasil, a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais, avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de direito.¹³²

O Direito Constitucional brasileiro acolhe expressões nítidas e especiais de proporcionalidade, isto é, regras de aplicação particularizada ou específica do princípio, a que se refere a Constituição, sem todavia explicitá-lo, como ocorre, por exemplo, com alguns direitos sociais ou no campo do Direito Tributário (§ 1º do art. 149) ou ainda no Direito Eleitoral relativamente à representação proporcional como regra constitucional de composição de uma das Casas do Poder Legislativo (§ 1º do art. 45).

A aplicação do princípio se insere, do mesmo passo, particularizado em figura de norma, nos seguintes lugares do texto constitucional:

- Incisos V, X e XXV do art. 5º sobre direitos e deveres individuais e coletivos; incisos IV, V e XXI do art. 7º sobre direitos sociais; § 3º do art. 36 sobre intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal; inciso IX do art. 37 sobre disposições gerais pertinentes à administração pública, inciso VIII do art. 71 da Seção que dispõe sobre fiscalização contábil, financeira e orçamentária; parágrafo único do art. 84 relativo à competência privada do Presidente da República; *caput* e §§ 3º, 4º e 5º do art. 173 sobre exploração da atividade econômica pelo Estado, § 1º do art. 174 e inciso IV do parágrafo único do art. 175 sobre prestação de serviços públicos.¹³³

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como “norma jurídica global”, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência inadiável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.

¹³²BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 434.

¹³³Id. Ibid., p. 434-435.

O princípio da proporcionalidade é utilizado com crescente assiduidade para aferição da constitucionalidade dos atos do Estado, como instrumento de proteção dos direitos fundamentais.

Assim sendo, uma lei será inconstitucional, por infringência ao princípio da proporcionalidade, se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas.

De acordo com Paulo Bonavides,

o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade.¹³⁴

A ele não poderia ficar estranho o nosso Direito Constitucional, pois, segundo Paulo Bonavides:

Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade.¹³⁵

Desta forma, a discriminação positiva promovida pelas ações afirmativas viola o princípio da razoabilidade quando:

- a) não haja relação de adequação entre o fim almejado e o meio empregado;
- b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para se chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual;
- c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida discriminatória é de maior importância do que aquilo que se ganha;

¹³⁴BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 436.

¹³⁵Id., loc. cit.

3 POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA E SEUS MECANISMOS

As Ações Afirmativas são umas das mais notáveis conquistas do direito hodierno. Contudo, a sua disposição jurídica envolve grandes objeções. Na realidade, trata-se de alcançar uma situação paradoxal: criar igualdade por meio da desigualização. E a situação paradoxal, no aspecto jurídico, se torna problemática, porque a desigualização deve ser realizada sem violação ao princípio da igualdade formal, a isonomia, a igualdade perante a lei. Realmente, é isto que estabelece o Estado de Direito, do qual a isonomia é um dos princípios fundamentais.

No aspecto social, as Ações Afirmativas são políticas públicas que têm por escopo a redução das desigualdades sociais. Buscam equiparar grupos desvantajados aos avantajados.

No aspecto jurídico, tais políticas buscam a criação de um relacionamento normativo diferente – desigual – a tais grupos. Mas sem transgressão ao princípio da igualdade.

A evolução do princípio igualitário, para a criação dos mecanismos que assegurem suas aplicações, demonstra a capacidade de uma estrutura social compreender seus limites e potenciais e acomodar de forma positiva as suas próprias contradições e diferenças.

A aplicação do princípio da igualdade, bem como a utilização das ações afirmativas tem como objetivo promover - ao menos teoricamente - a inclusão social, como se verá a seguir.

3.1 Ações afirmativas

Políticas de ações afirmativas são aquelas que têm origem nas iniciativas governamentais que visam mitigar os problemas sociais ou econômicos (políticas públicas), além das medidas privadas ou governamentais de caráter compulsório, facultativo ou voluntário que visam a eliminação ou a mitigação de desigualdades

históricas contra grupos e suas respectivas conseqüências, especialmente no que diz respeito ao trabalho e à educação.

A igualdade de oportunidades representa um dos pilares de toda e qualquer sociedade democrática, o que nos leva a observar as duas fases da isonomia, a saber a *igualização* e a *desigualização*. Felizmente, como nos mostra o autor Marco Aurélio Mendes de Faria Mello, 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"*"¹³⁶. Não basta não discriminar, como fez a lei 7716 (Lei Caó)¹³⁷.

É daqui que as ações afirmativas buscam a necessidade da *desigualização* como instrumento para o alcance da isonomia. A violência com que são tratados os negros nas várias instâncias sociais não será superada pela simples declaração da igualdade ou com a proibição da exclusão. As ações afirmativas alimentam a ideologia que tal superação só virá se as medidas vierem combinadas com políticas compensatórias que catalisem o processo de igualização de oportunidades como verdadeiro direito dos negros.

Desse pressuposto nasce o argumento favorável à adoção de Ações Afirmativas. São exemplos dessa política, também, sistemas de preferências, bônus e incentivos fiscais, que devem ser implementados de acordo com as necessidades locais, assim como as cotas.

Convém lembrar, porém, que as Ações Afirmativas devem vir acompanhadas de medidas para garantir a permanência dos ingressandos negros na faculdade, em condições de igualdade com os demais alunos, sendo que de nada adiantará permitir o acesso sem possibilitar a subsistência mínima na academia. Além disso, há também a necessidade de reformas que repensem o sistema universitário como um todo, pois o conhecimento é produzido por e para pessoas conforme seus respectivos interesses.

¹³⁶MELLO, Marco Aurélio Medes de Faria. Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, p. 13-22, 2002.

¹³⁷SOUZA, Arivaldo Santos de. A constitucionalidade política de cotas para negros nas universidades. Disponível em: <www.uj.com.br>. Acesso em: 13 maio 2006.

3.2 Histórico, origem e experiência estrangeira

A primeira vez que a expressão *affirmative action* foi usada data de 6 de março de 1961, conforme ensina Sidnei MADRUGA¹³⁸, e deu-se pelo documento que estabeleceu a Comissão Presidencial sobre Igualdade de Emprego¹³⁹. Tal documento impedia a prática de discriminações relativamente ao funcionário ou candidato a emprego, no que se referisse à sua raça, credo ou nacionalidade, nos contratos firmados com a Administração Federal. Já Luiz Fernando Martins da SILVA¹⁴⁰ alega que, desde 1948, introduziu-se na Índia um sistema de cotas que ampara as "classes atrasadas" (os *dalits*, ou intocáveis), como forma de garantir-lhes o acesso a empregos públicos e universidades.

O direito nos Estados Unidos da América pertence, por estrutura, à família da *Common Law*, sendo assim concebido essencialmente sob a forma de um direito jurisprudencial - elaborado na base de precedentes.

Introduzido nos EUA por volta de 1870, o *writ of injunction* preservou seu caráter de juízo de equidade. Inicialmente, foi uma medida utilizada para defender direitos subjetivos, no campo do direito privado, aumentando seu campo de atuação gradualmente para questões de direito público.

A flexibilidade e a efetividade da ação em destaque permitiram-lhe ser usada em uma variedade de contextos, sendo crescentemente utilizada para a proteção de direitos civis e prerrogativas constitucionais dos cidadãos, particularmente para prevenir violações às liberdades de reunião, de expressão e de convicção religiosa, bem como impugnar as negações à igualdade de direitos e de oportunidade nas questões raciais.¹⁴¹ A ação já foi utilizada até mesmo para a reestruturação de instituições e políticas públicas.

Outros exemplos podem ser encontrados na história norte-americana, como o *Equal Pay Act* (proibindo a discriminação sexual de empregados), bem como as medidas mais efetivas no governo Lyndon B. Johnson (1963-1969), com a promulgação da lei dos direitos civis (*Civil Right Act*, de 2 de julho de 1964), após

¹³⁸MADRUGA, Sidney. op. cit., p. 66.

¹³⁹*Executive action* nº 10.925, de 6/3/1961, apud MADRUGA, Sidney. op. cit., p. 66.

¹⁴⁰SILVA, Luiz Fernando Martins da. op. cit.

¹⁴¹ENCYCLOPAEDIA Britannica: micropaedia, Chicago, 1980. v. 4, p. 357.

intensa pressão dos grupos organizados da sociedade civil, especialmente de entidades e lideranças do Movimento Negro norte-americano, que lutava em várias áreas pelos direitos civis. Referida lei proibia desde a segregação em lugares públicos, até a discriminação no mercado de trabalho, com base na raça, cor, sexo ou origem nacional do cidadão.

Esse modelo norteou-se por um conjunto de políticas e programas denominados de *equal opportunity policies* e *affirmative action* (nos EUA), *Positive Discrimination* (na Europa), ação afirmativa, ação positiva, discriminação positiva ou políticas compensatórias (em língua portuguesa). Esse conjunto de programas visava compensar as mazelas da discriminação sofrida no passado especialmente pelos afro-americanos.

Principais programas implementados nos Estados Unidos¹⁴²:

- exigência de desenvolvimento de ação afirmativa em empresas que quisessem estabelecer contrato com o governo (decreto do presidente Kennedy de 1961);
- discriminação não intencional no emprego, também chamada de discriminação indireta, proibia a adoção de requisitos e testes para a contratação que não fossem necessários à execução das tarefas para as quais os candidatos se habilitassem;
- presença de minorias e mulheres nos altos escalões da burocracia do Governo Federal assegurada por meio de programas objetivos e mensuráveis;
- o congresso norte-americano incluiu um dispositivo na lei sobre obras públicas, estabelecendo que cada governo local ou estadual usasse 10% dos fundos federais destinados a obras para agenciar serviços de empresas controladas por minorias;
- o Governo Federal passou a exigir que as instituições educacionais que tivessem praticado discriminações adotassem programas especiais para admissão de minorias e mulheres como condição para que se habilitasse à ajuda federal;

¹⁴²VERÍSSIMO, Maria Valéria Barbosa. Educação e desigualdade racial: políticas de ações afirmativas. 2003. ANPED. Disponível em: <<http://www.anped.org.br/26/trabalhos/mariavaleriabarbosaverissimo.rtf>>. Acesso em: 13 nov. 2005.

- incentivo às ações voluntárias de emprego e educação: essas ações correspondiam ao que se passou a chamar de cotas, isto é, assegurar percentuais mínimos de contratação e promoção de trabalhadores nas empresas privadas e instituições públicas e admissão de estudantes provenientes de grupos minoritários nas universidades, tendo por base a discriminação sofrida em tempos passados.

A experiência da aplicação dessas ações em outros países tem sido estudada como opção para garantir a democracia inclusiva. Por esse motivo, o modelo norte-americano de promover políticas de ação afirmativa, criada pelo Estado (pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário) ou pela sociedade civil (especialmente as empresas), ultrapassou fronteiras nacionais e é utilizado como paradigma pelos ordenamentos jurídicos da maioria dos países que integram o sistema das Nações Unidas.

No Canadá, quanto ao tema em análise, temos o parágrafo primeiro do artigo 15 do *Canadian Charter of Rights and Freedom*, cuja Parte I do *Constitution Act* de 1982 estabelece como regra, a igualdade perante as leis e a proibição de determinadas formas de discriminação, ao passo que o parágrafo segundo, também chamado de *affirmative action clause*, estipula as exceções admitidas, nos seguintes termos:

"15. (1). Todos os indivíduos são iguais perante e sob a lei, e têm direito à igual proteção e ao igual benefício da lei sem discriminações e, em particular, sem discriminação baseada em raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, idade, ou deficiência física ou mental."

"15. (2). A subseção (1) não impede qualquer lei, programa ou atividade que tenha como seu objeto a melhoria das condições de indivíduos ou grupos desfavorecidos, incluindo aqueles que estão em desvantagem devido a raça, origem étnica ou nacional, cor, religião, sexo, idade, ou deficiência física ou mental".¹⁴³

No sistema legal canadense, essa legislação se aplica exclusivamente às relações travadas com o setor público (*state action*). No ordenamento jurídico canadense as relações privadas são objeto de disciplina dos *Human Rights Codes*, textos legais aprovados pelas províncias.

No caso da África do Sul, após o regime de *apartheid* e de intensos debates legislativos, foi aprovada a Constituição (*Act 108 of 1996*), que dispôs:

¹⁴³MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 129.

9. (2) A igualdade [perante a lei] incluiu a plena e igual fruição de todos os direitos e liberdades. Para promover a obtenção dessa igualdade, medidas legislativas e outras que visem proteger ou favorecer pessoas, ou categorias de pessoas prejudicadas por discriminação injusta poderão ser tomadas.¹⁴⁴

3.3 A experiência brasileira

Segundo VERÍSSIMO¹⁴⁵ observa-se, no Brasil, que o início da discussão do movimento negro e de suas reivindicações estabeleceu-se na segunda metade do século XX.

Para a autora, a grande bandeira do final dos anos 1970 era desmascarar o *mito da democracia racial*, elegendo como luta prioritária a construção da identidade negra na sociedade brasileira. Ao final dos anos 1980, houve maior ênfase no desmascaramento do racismo brasileiro, tornando visíveis as condições sócio-econômicas da população negra. No entanto, em termos de políticas de ação afirmativa, a década de 1990 tomou vulto, alicerçada nas experiências anteriores de desmistificar as desigualdades sociais baseadas no antagonismo étnico/racial.

Exemplos de ações estratégicas foram a mobilização em torno da comemoração do centenário da abolição (1988), do tricentenário de Zumbi dos Palmares (1995) e, mais recentemente, pela realização de seminários e discussões preparatórias para a III Conferência contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata (2001), em que foram feitas denúncias e propostas de ação concreta.

No arcabouço dessas ações, pode-se perceber a predominância, em termos de preocupação, com a inserção do negro no mundo do trabalho e o acesso à educação. Essas duas áreas foram percebidas como interligadas e condicionantes entre si. VERÍSSIMO¹⁴⁶ destaca entre as reivindicações mais comuns, a implementação de políticas de caráter reparatório, compensatório ou de ação afirmativa.

A autora afirma que, no Brasil, foi no mundo do trabalho que os negros conseguiram os maiores avanços. Nessa área, traçaram estratégias de modificação

¹⁴⁴MENEZES, Paulo Lucena de. op. cit., p. 134.

¹⁴⁵VERÍSSIMO, Maria Valéria Barbosa. op. cit.

¹⁴⁶Id. Ibid.

das legislações trabalhistas que permitiam resgatar o respeito e ao mesmo tempo tentar garantir a inserção do negro na produção e reprodução da vida material.

Deve-se mencionar, como marco significativo desse progresso trabalhista, a vitória dos Sindicatos e Centrais Sindicais pelo cumprimento da Convenção 111 da OIT, que trata da discriminação no trabalho. Segundo essa convenção *“discriminação é toda distinção, exclusão ou preferência, com base na raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha o efeito de anular a igualdade ou de tratamento em emprego ou profissão”*¹⁴⁷. A convenção prevê também a adoção de medidas para a promoção de igualdade de oportunidades.

Em fevereiro de 1996, foi criado o Grupo de Trabalho para Eliminação da Discriminação no Emprego e na Ocupação – GTEDEO, com a tarefa de implementar as medidas da Convenção 111. Integrado por representantes do poder executivo e entidades sindicais e patronais, e vinculado ao Ministério do Trabalho, o GTEDEO tinha como finalidade definir programas de ações para o combate à discriminação no emprego e na ocupação, com propostas de cronograma, estratégias e a definição de órgãos de execução das ações.

Dentro dessa mesma proposição, mas como iniciativa da sociedade civil organizada, foi instituído o Instituto Sindical Interamericano pela Igualdade Racial – INSPIR, surgido da articulação entre as centrais sindicais brasileiras CUT, CGT e Força Sindical em conjunto com a organização norte-americana AFL-CIO e a Organização Regional Interamericana dos Trabalhadores – ORIT. Essa instituição pretende subsidiar o movimento sindical e os movimentos sociais na luta pela igualdade de oportunidades e na criação de políticas públicas para a população negra. Dessa iniciativa, o resultado mais positivo foi a elaboração do Mapa da População Negra no Mercado de Trabalho, no ano de 1999. Todas essas iniciativas permitiram a elaboração de cláusulas de Promoção da Igualdade para auxiliar dirigentes sindicais e advogados no encaminhamento de suas ações.

Antes da criação do INSPIR, as três centrais sindicais do Brasil (CUT, CGT e Força Sindical) se uniram para debater a questão racial e realizaram duas

¹⁴⁷SILVA JR., Hédio. Uma possibilidade de implementação da Convenção 111: o caso de Belo Horizonte. In: MUNANGA, Kabengele (Org.). *Estratégias e políticas de combate à discriminação racial*. São Paulo: EDUSP; Estação Ciências, 1996. p. 225.

conferências interamericanas pela igualdade racial, a primeira realizada em Salvador (novembro de 1994), e a segunda em Washington (agosto de 1995).

Outra iniciativa nessa área foi implementada pela Prefeitura de Belo Horizonte, em parceria com o CEERT – Centro de Estudos das Relações do Trabalho e da Desigualdade. Intitulada “Oportunidades Iguais para Todos”, tinha como finalidade realizar um diagnóstico das desigualdades raciais com vistas a orientar a elaboração de políticas públicas de promoção da igualdade, bem como estimular o valor positivo da diversidade étnico-racial. Esta proposta esteve inicialmente voltada para os procedimentos dos profissionais de recursos humanos no processo de admissão e mobilidade funcional, para verificar se o componente racial influenciava ou não o resultado final do processo.

Também na área da saúde houve progressos, tendo em vista que foi introduzido o quesito cor na identificação de pacientes, com o intuito de mapear a relação existente entre doença e origem racial. Na área educacional, a iniciativa esteve voltada para oferecer ao conjunto dos professores cursos de capacitação para que pudessem refletir sobre o racismo em sala de aula e construir propostas alternativas para práticas pedagógicas que possibilitassem o enfrentamento do problema e sua superação. Desse trabalho resultou a criação da primeira Secretaria Municipal para Assuntos da Comunidade Negra¹⁴⁸.

Desde a década de 90, importantes categorias profissionais aprovaram o desenvolvimento de políticas anti-racistas. São exemplos os radialistas de São Paulo, a Federação dos Urbanitários do Rio de Janeiro, sindicatos como Bancários de São Paulo, Sindicato dos Trabalhadores em Água e Esgoto da Bahia, Metalúrgicos de São Bernardo, Sindicato dos Trabalhadores em Telecomunicações - SINTTEL de Belo Horizonte, Químicos de São Paulo, e tantos outros que realizaram atividades extremamente representativas na luta contra a discriminação racial. No ano de 92, diversos sindicatos, federações e confederações incluíram em suas pautas de reivindicação o item *discriminação* - o que demonstra que nem todos os objetivos sociais foram alcançados e que é necessário aprofundar o debate e construir uma luta efetiva no combate à discriminação racial no mercado de trabalho.

¹⁴⁸VERÍSSIMO, Maria Valéria Barbosa. op. cit.

A década de 90 revelou o movimento negro e o movimento sindical como dois atores indispensáveis na busca das transformações estruturais no País. A combinação de estratégias de luta pode vir a ser considerada a mais importante força no movimento social urbano neste início de século no Brasil.¹⁴⁹

No bojo de todas essas propostas foi se consolidando um conjunto de reivindicações que pôde ser condensado na *Marcha Zumbi Contra o Racismo, pela Cidadania e pela Vida*, ocorrida em 20 de Novembro de 1995 em Brasília, reunindo militantes de todas as partes do Brasil, com o propósito de cobrar do Estado uma postura ativa no tratamento da questão racial, tendo nessa questão o eixo fundamental para a consolidação da democratização da sociedade brasileira.

No documento então elaborado - *Programa de Superação do Racismo e da Desigualdade Racial* - destacam-se como propostas: inclusão do quesito cor em diversos sistemas de informação; estabelecimento de incentivos fiscais às empresas que adotarem programas de promoção da igualdade racial; instalação no âmbito do Ministério do Trabalho, da Câmara Permanente de Promoção da Igualdade, que deverá se ocupar de diagnósticos e proposição de políticas de promoção da igualdade no trabalho; regulamentação do artigo 7º, inciso XX, da Constituição Federal, que prevê a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; implementação da Convenção sobre Eliminação da Discriminação Racial no Ensino; desenvolvimento de programa educacional de emergência para a eliminação do analfabetismo; concessão de bolsas remuneradas para adolescentes negros de baixa renda para o acesso e conclusão do primeiro e segundo grau; desenvolvimento de ações afirmativas para o acesso e conclusão do primeiro e segundo grau; desenvolvimento de ações afirmativas para o acesso dos negros aos cursos profissionalizantes, à universidade e às áreas de tecnologia de ponta e assegurar a representação proporcional dos grupos étnicos raciais na campanha de comunicação do governo e de entidades que com ele mantenham relações econômicas e políticas.¹⁵⁰

¹⁴⁹NOGUEIRA, João Carlos. A discriminação racial no trabalho sob a perspectiva sindical. In: MUNANGA, Kabengele (Org.). op. cit., p. 220.

¹⁵⁰MOEHLECKE, Sabrina. *Propostas de ações afirmativas no Brasil: o acesso da população negra ao ensino superior*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, 2000. p. 66.

Em resposta à Marcha, segundo VERÍSSIMO¹⁵¹, o Presidente da República criou, por decreto, o Grupo de Trabalho Interministerial – GTI, composto por oito membros da sociedade civil ligados ao movimento negro, oito membros de Ministérios e dois de Secretarias, todos designados pelo Presidente da República. Compete a este grupo, entre outras coisas:

I - propor ações integradas de combate à discriminação racial, para o desenvolvimento e participação da população negra;

II - elaborar, propor e promover políticas governamentais antidiscriminatórias e de consolidação da cidadania da população negra;

III - estimular e apoiar iniciativas públicas e privadas.

Em maio de 2002, foram desencadeadas duas importantes ações: ampliação da política de ação afirmativa no âmbito de toda a administração pública federal, com o Decreto nº 4228, que dispõe sobre o Programa Nacional de Ações Afirmativas e a concessão de Bolsas Prêmio de Vocação para a Diplomacia a candidatos afro-descendentes.

Todas as medidas têm como eixo central instituir cotas para negros e mulheres nos preenchimentos dos cargos de confiança, bem como exigir das empresas contratadas na prestação de serviços a inserção, em seus quadros funcionais, de um percentual de negros e mulheres. Cabe ressaltar o fato de preparar os negros para ocupar cargos na diplomacia com a distribuição das bolsas, pois não há no quadro de diplomatas um único representante dessa raça.

Todos os dispositivos legais reforçam a tradição brasileira recente de reconhecer que em certos momentos se faz necessário adotar medidas diferenciadas para alcançar a igualdade.

Na Conferência Mundial contra o Racismo, em Durban, África do Sul, o Brasil teve importante participação, sob a liderança da Secretaria de Direitos Humanos. Esse esforço resultou na criação do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, no âmbito do Ministério da Justiça¹⁵².

¹⁵¹VERÍSSIMO, Maria Valéria Barbosa. op. cit.

¹⁵²Id. Ibid.

3.3.1 Fontes normativas das políticas afirmativas

Sob o ângulo estritamente normativo, tanto do direito internacional quanto do direito interno, há um verdadeiro arsenal de princípios e regras exemplificando ou respaldando a adoção de ação afirmativa no Brasil.

No Direito Internacional dos Direitos Humanos, por exemplo, há diversos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos fundamentais, que além de proibirem toda forma de discriminação, também prevêm a adoção de políticas de promoção da igualdade. Tais instrumentos (tratados, convenções, pactos etc.) assumem uma dupla importância: consolidam parâmetros internacionais mínimos concernentes à proteção da dignidade humana e asseguram uma instância internacional de proteção de direitos, quando as instituições nacionais mostrarem-se falhas ou omissas.

Esses instrumentos têm aplicação obrigatória no território brasileiro, após devidamente ratificados pela autoridade constitucionalmente competente, por força do disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Também o § 3º, acrescentado pela Emenda Constitucional 45-2004, trata do assunto:

os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

A importância dessa ressalva reside no fato de que, salvo exceções, nossos profissionais do Direito, mesmo os que atuam na área dos Direitos Humanos, não têm dado a devida relevância, no exercício de suas funções, aos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos fundamentais. O insistente comportamento de ineficácia social conferido aos direitos e garantias fundamentais consignados nos tratados e convenções internacionais empobrece o debate sobre a proteção dos direitos das minorias, bem como inviabiliza o adensamento e efetividade dos Direitos Humanos entre nós.

Nesse sentido, cabe ao órgão legiferante e aos demais Poderes, até o Judiciário, conformarem-se à ordem jurídica interna presidida pelo texto Constitucional, bem como aos princípios consagrados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

3.3.2 Discriminação legislativa

Citando MADRUGA¹⁵³, constatamos que o próprio termo “ações afirmativas” não se encontra pacificado entre nossos doutrinadores, que oferecem definições geralmente parciais do assunto, como vemos nos exemplos a seguir.

Para Maria José Morais PIRES¹⁵⁴, a discriminação positiva está contida na adoção de normas jurídicas que prevêm tratamento diferenciado para determinadas pessoas ou categorias de pessoas, com o objetivo de garantir-lhes igualdade material em relação aos demais membros da sociedade. Para a autora, trata-se de normas temporárias, cuja vigência se limita à situação desfavorável, devendo deixar de vigorar assim que superada a desigualdade.

Já VILAS-BÔAS¹⁵⁵, afirma que as ações afirmativas são medidas temporárias e especiais, tomadas ou determinadas pelo Estado, de forma compulsória ou espontânea, com o objetivo específico de eliminar desigualdades acumuladas historicamente e cujos beneficiários são aqueles indivíduos pertencentes aos grupos que enfrentam preconceitos.

O Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) para a valorização da População Negra, criado em 20 de novembro de 1995, estipula que:

Medidas especiais e temporárias, tomadas ou determinadas pelo Estado, espontânea ou compulsoriamente, com o objetivo de eliminar desigualdades, garantindo a igualdade de oportunidades e tratamento, bem como de compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização, decorrente de motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero

¹⁵³MADRUGA, Sidney. op. cit., p. 57.

¹⁵⁴PIRES, Maria José Morais. A discriminação positiva no Direito Internacional e Europeu dos Direitos do Homem. *Documentação e Direito Comparado*. Lisboa, n. 63, 64, p. 18-19, 1995, apud MADRUGA, Sidney. op. cit., p. 58.

¹⁵⁵CASHMORE, Ellis. *Dicionário de relações étnicas e raciais*. São Paulo: Selo Negro Edições, 2000, p. 31 apud VILAS-BÔAS, Renata Malta. op. cit., p. 29.

e outros. Portanto, as ações afirmativas visam combater os efeitos acumulados em virtude das discriminações ocorridas no passado.¹⁵⁶

Ressalte-se que, ao estimular que os Estados-Partes adotem políticas promocionais para grupos ou indivíduos vulneráveis, não é utilizado o termo "ação afirmativa", e sim "medidas especiais". Note-se, ainda, que a discriminação positiva não tem o condão de prevenir a discriminação, pois possui duplo caráter: se expõem no caráter reparatório (corrigir injustiças praticadas no passado) e no caráter distributivo (melhor repartir no presente a igualdade de oportunidades), sendo suas metas prioritárias a educação, a saúde e o emprego¹⁵⁷.

Citamos, como exemplo, entre outras:

- A Convenção¹⁵⁸ relativa à luta contra a discriminação no campo do ensino "consciente de que incumbe conseqüentemente à Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, dentro do respeito da diversidade dos sistemas nacionais de educação, não só proscrever qualquer discriminação em matéria de ensino, mas igualmente promover a igualdade de oportunidade e tratamento para todos neste campo", estabelece no seu Artigo I, que

Para os fins da presente Convenção o termo 'discriminação' abarca qualquer distinção, exclusão, limitação ou preferência que, por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, condição econômica ou nascimento, tenha por objeto ou efeito destruir ou alterar a igualdade de tratamento em matéria de ensino.¹⁵⁹

- A Convenção Internacional para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, artigo 1º, item 4¹⁶⁰.

¹⁵⁶SANTOS, Sales Augusto dos. Ação afirmativa e mérito individual. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (org.). Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 96 *apud* MADRUGA, Sidney. op. cit., p. 59.

¹⁵⁷MADRUGA, Sidney. op. cit., p. 59.

¹⁵⁸Conferência Geral da UNESCO, reunida em Paris, de 14 de novembro a 15 de dezembro de 1960, em sua Décima Primeira Sessão. Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 40, de 1967.

¹⁵⁹O item 2, do mesmo artigo, esclarece: "Para os fins da presente Convenção, a palavra 'ensino' refere-se aos diversos tipos e graus de ensino e compreende o acesso ao ensino, seu nível e qualidade e as condições em que é subministrado".

¹⁶⁰Texto em sua íntegra: "As medidas especiais adotadas com a finalidade única de assegurar convenientemente o progresso de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que precisem da proteção eventualmente necessária para lhes garantir o gozo e o exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais em condições de igualdade não se consideram medidas de discriminação racial, sob condição, todavia, de não terem como efeito a conservação de direitos diferenciados para grupos raciais diferentes e de não serem mantidas em vigor logo que sejam atingidos os objetivos que prosseguiam."

- A Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, artigo 4º, item 1¹⁶¹.

No cenário do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o princípio de não discriminação tem aplicação destacada, e baliza toda a temática dos direitos econômicos, sociais e culturais. Esse princípio é caracterizado como sendo uma garantia fundamental, porque se salienta nele o caráter instrumental, garantidor, do direito de igualdade.

O referido princípio básico de não discriminação se encontra presente em quase todos os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos fundamentais produzidos no século XX, dentre os quais destacam-se: Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 2º); Pacto dos Direitos Civis e Políticos (artigos 2º, I, e 26); Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigo 2º); Convenção Européia de Direitos Humanos (artigo 14); Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 1, I); Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (artigo 2º); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; a Convenção da OIT sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, de 1958; a Convenção da UNESCO contra Discriminação na Educação, de 1960; e a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas na Religião ou Crença, de 1981.

Decorre ainda do referido princípio que se estabeleça um veto às discriminações, ou seja, que se tenha imposto o não-diferenciar, que se imponha positivamente, a obrigatoriedade de se dispensar a todos igual tratamento. Além disso, atualmente entende-se que a articulação do princípio de não discriminação com a ação afirmativa resulta em inclusão social.

Cançado TRINDADE¹⁶², em consonância com tudo o que está até aqui enunciado, assevera que o princípio de não-discriminação está vinculado às

¹⁶¹Texto em sua íntegra: "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".

¹⁶²TRINDADE, Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997)*. Brasília: Ed. da UnB, 1998. p. 55.

políticas de ação afirmativa para grupos ou populações vulneráveis: "As políticas de ação afirmativa para grupos vulneráveis encontram-se diretamente vinculadas à luta pela prevalência do princípio da não-discriminação".

Complementando essas considerações, temos ainda o que CANOTILHO¹⁶³ chama de "função de não-discriminação" - uma das principais funções dos direitos fundamentais. Para o constitucionalista português, pelo princípio de igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na Constituição, assegura-se que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais, e, por conseqüência, aplica-se a função de não-discriminação a todos os direitos: aos direitos, liberdades e garantias pessoais; de participação política e direitos sociais . Seguindo essa linha de pensamento, finaliza o referido autor, tal função se aplica inteiramente à instituição de cotas:

é com base nesta função de não discriminação que se discute o problema das cotas (ex. 'parlamento paritário de homens e mulheres') e o problema das *affirmative actions* tendentes a compensar a desigualdade de oportunidades (ex. 'cotas de deficientes'). É ainda com uma acentuação-radicalização da função antidiscriminatória dos direitos fundamentais que alguns grupos minoritários defendem a efectivação plena da igualdade de direitos numa sociedade multicultural e hiperinclusiva ('direitos dos homossexuais', 'direitos das mães solteiras', 'direitos das pessoas portadoras de HIV').¹⁶⁴

De acordo com Raquel César, as ações afirmativas podem ser compreendidas como um mecanismo a mais de acesso à justiça. As questões epistemológicas sobre acesso à justiça, numa definição mais ampla e moderna, não se limitam apenas à compreensão do acesso via processual e institucional.¹⁶⁵

O acesso à justiça precisa ser repensado, sendo de fundamental importância para trazer mais legitimidade à função jurisdicional na sociedade.¹⁶⁶

Assim, não apenas o termo 'acesso' como também a própria concepção de justiça precisam ser reformulados. O acesso não pode ser definido em função

¹⁶³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit., p. 407-408.

¹⁶⁴Id. Ibid., p. 408.

¹⁶⁵CESAR, Raquel. Ação afirmativa. *Boletim*, n. 15, jul. 2004. Disponível em: <http://www.politicasdacor.net/boletim_ppcor/exibir.asp?cod_noticia=103&NUM_BOLETIM=15>.

Acesso em: 11 abr. 2007.

¹⁶⁶Id. Ibid.

daqueles que o têm atualmente, mas principalmente em função daqueles que não o têm.¹⁶⁷

Com isso, os bens e direitos que já estão distribuídos na sociedade passarão a ser distribuídos entre aqueles que mais deles necessitem.¹⁶⁸

(...) o conceito de justiça retoma a tradição aristotélica e avança na justificativa da redistribuição de bens e direitos aos mais necessitados para se chegar próximo do justo como *ison*, que corresponde a um sentido estrito de igualdade, desdobrando-se em duas espécies de justiça "uma que se manifesta na distribuição de cargos, honras, dinheiro, ou nas 'coisas' que devem ser divididas entre cidadãos que compartilham dos benefícios outorgados pela constituição da cidade, pois em tais coisas uma pessoa pode ter participação desigual ou igual à de outra pessoa". E outra, corretiva ou compensatória, que se manifesta nas relações privadas, individuais.¹⁶⁹

Lembrando a máxima platônica:

A democracia se estabelece quando os pobres tendo vencido os inimigos massacram alguns, banem os outros, partilham igualmente com os restantes do governo e as magistraturas.¹⁷⁰

Na atualidade, podemos dizer que os pobres “massacram” os poderosos, quando exigem deles uma posição ética e justa. Apesar de não deter o poder representado pelo dinheiro, detêm o poder da palavra, por serem maioria. Se houvesse a união do povo numa só voz exigindo de seus governantes mudanças, as coisas começariam a melhorar. E a máxima ainda pode ser lembrada, fazendo-se um trocadilho de pobres por negros, ou ambas.

Outra questão dá uma continuidade a essa concepção de justiça como a busca pelo igual, que pretende responder se as ações afirmativas são caminhos constitucionalmente justos para a distribuição de bens e direitos. Analisando as principais perspectivas teóricas da Filosofia Constitucional sobre a igualdade liberal e justiça distributiva, dentre elas, John Rawls (1971), Robert Nozick (1974), Ronald Dworkin (1977), Bruce Ackerman (1980), e Michael Walzer (1983), pude constatar

¹⁶⁷CESAR, Raquel. op. cit.

¹⁶⁸Id. Ibid.

¹⁶⁹Id. Ibid.

¹⁷⁰PLATÃO. *A República*. Trad. M. H. R. Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 557a.

que a ação afirmativa encontra respaldo teórico em todas essas vertentes filosóficas, algumas, ideologicamente oposta a outras, como é o caso de Rawls e Nozick.¹⁷¹

O modelo de ação afirmativa americano é o pioneiro dessa representação de igualdade e fonte maior de inspiração para os argumentos constitucionais favoráveis ou contra as recentes políticas públicas de favorecimento às minorias raciais brasileiras. E prossegue:

Chamo atenção ainda para a errônea concepção de que as ações afirmativas nos EUA na educação superior não funcionaram.

Pelo contrário, elas contribuíram fundamentalmente para formar uma população negra politicamente representativa naquela sociedade. Embora os debates jurídicos não sejam favoráveis às cotas rígidas na atualidade, elas foram fundamentais no início da implementação dessas políticas. Além do que, são as cotas flexíveis que impulsionam toda a sistemática das ações afirmativas, sempre buscando a inclusão das minorias raciais na educação superior e no mercado de trabalho, tradicionalmente setores de forte políticas de exclusão dessa minoria. Demonstro ainda que nas últimas decisões da Suprema Corte Americana (embora não se justifique constitucionalmente mais as ações afirmativas em termos de justiça distributiva e compensatória, até mesmo porque houve um avanço nesse sentido), a legitimação constitucional atual dá-se em função da diversidade racial.¹⁷²

3.4 Aspectos sócio-políticos

As políticas de ação afirmativa são, antes de tudo, políticas sociais compensatórias. A designação de políticas sociais atende às intervenções do Estado que garantem, ou que 'dão substância', aos direitos sociais. Por sua vez, as políticas compensatórias, abrangem os programas sociais que atendem problemas gerados em larga medida pela ineficiência política preventiva ou por políticas contemporâneas que são *prima facie* socialmente não dependentes. Ressalte-se que a sociedade civil também tem encampando a idéia de ação afirmativa, especialmente o setor empresarial, o qual se deu conta da diversidade como fator de desenvolvimento de negócios na era da globalização, notadamente, em países pluri-étnicos e multiculturais, como o Brasil.

Do ponto de vista instrumental, as políticas de ação afirmativa podem ser vistas como mecanismo ético-pedagógico dos diferentes grupos sociais para o

¹⁷¹CESAR, Raquel. op. cit.

¹⁷²Id. Ibid.

respeito às diversidades, sejam elas raciais, étnicas, culturais, de classe, de gênero etc. Essa percepção do direito à diferença, leva em conta que a realidade das políticas denominadas universalistas não atendem às especificidades dos grupos ou indivíduos vulneráveis, permitindo a perpetuação da desigualdade de direitos e de oportunidades. Disso emerge a idéia de adoção de políticas compensatórias pontuais que, atendendo ao direito à diferença, percebem os grupos ou indivíduos como sujeitos concretos, historicamente situados, que possuem cor, raça, etnia, deficiências, transtornos emocionais, orientação sexual, origem e religião diversas etc.

O objetivo da "ação afirmativa" é, portanto, superar essas contingências e promover a igualdade entre os diferentes grupos que compõem uma sociedade. Como resultado, espera-se o aperfeiçoamento da cidadania dos afro-brasileiros, e que estes tenham a possibilidade de pleitearem, por exemplo, o acesso às carreiras, às promoções, à ascensão funcional, revigorando, assim, o incentivo à formação e à capacitação profissional permanentes.

No plano político, os programas de ação afirmativa resultam da compreensão cada vez maior de que a busca de uma igualdade concreta não deve ser mais realizada apenas com a aplicação geral das mesmas regras de direito para todos. Tal igualdade precisa materializar-se também, por meio de medidas específicas que considerem as situações particulares de minorias e de membros pertencentes a grupos em desvantagem. Considera-se que a referência a um indivíduo abstrato, percebido como universal e reconhecido como cidadão, digno de igual respeito e consideração, deve ter a preeminência na formulação de políticas públicas.

No plano moral, tal perspectiva conduz-nos à busca de uma dimensão mais exigente da igualdade e implica assumir racionalmente, no terreno de políticas públicas, o caráter dialógico da pessoa humana. Esta possui uma dignidade inerente igual a todo ser humano e uma identidade individual portadora de culturas construídas parcialmente por diálogos coletivos. Devemos ainda reconhecer que, implicitamente, a pessoa é um indivíduo insubstituível e, ao mesmo tempo, um membro de uma comunidade.

Ações afirmativas configuram-se como um dos elementos na tentativa de assegurar-se maior igualdade de direitos entre as diferentes etnias que compõem o perfil populacional brasileiro.

3.5 Aspectos sócio-jurídicos

Na conceituação de Ellis CASHMORE¹⁷³, as 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. Estas medidas têm como principais beneficiários os membros dos grupos que enfrentaram preconceitos.

Em termos práticos, as organizações devem agir positiva, afirmativa e agressivamente para remover todas as barreiras, mesmo que informais ou sutis. Ao contrário das leis anti-discriminação, que oferecem possibilidades de recursos, por exemplo, a trabalhadores que sofreram discriminação, as políticas de ação afirmativa têm por objetivo promover o princípio de igualdade de oportunidades. São, portanto, de ordem preventiva da ocorrência de discriminação¹⁷⁴.

Segundo o ministro Joaquim B. Barbosa GOMES¹⁷⁵, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto

de políticas e de mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

Bernardino Joaze entende que:

São várias as maneiras pelas quais as políticas de ação afirmativa podem atuar. Elas vão

"desde as políticas sensíveis ao critério racial, em que a raça é um dos critérios ao lado de outros, até as políticas de cotas, em que se reserva um percentual de vagas para minorias políticas e culturais, neste último caso a raça passa a ser considerada um critério absoluto para a seleção da pessoa (...)." ¹⁷⁶

¹⁷³CASHMORE, Ellis et al. *Dicionário das relações étnicas e raciais*. Tradução de Dinah Kleve. São Paulo: Selo Negro, 2000. p. 31.

¹⁷⁴VERÍSSIMO, Maria Valéria Barbosa. op. cit.

¹⁷⁵GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 41.

¹⁷⁶BERNARDINO, Joaze. *Ação afirmativa e a rediscussão do mito da democracia racial no Brasil, 2002, apud SILVA, Luiz Fernando Martins da. op. cit.*

O sistema de cotas, por outro lado, representa um mecanismo das ações afirmativas e com elas não se confundem. Constatada nos Estados Unidos a

ineficácia dos procedimentos clássicos de combate à discriminação, deu-se início a um processo de alteração conceitual do instituto, que passou a ser associado à idéia, mais ousada, de realização da igualdade de oportunidades através da imposição de cotas rígidas de acesso de representantes de minorias a determinados setores do mercado de trabalho e a instituições educacionais.¹⁷⁷

Deve ser observado, por outro lado, que além do sistema de cotas há outras opções a serem consideradas para a efetivação das ações afirmativas: o método do estabelecimento de preferências, o sistema de bônus, os incentivos fiscais como instrumento de motivação do setor privado e o uso do poder fiscal.

É importante ressaltar que a intervenção do Estado pela via das ações afirmativas é um dos instrumentos que objetivam superar a inacessibilidade aos direitos fundamentais e garantir a igualdade de tratamento, além de fomentar o diálogo entre os membros das relações sociais. Há que haver, no entanto, um conjunto de normas promotoras de igualdade de oportunidades apoiadas pelo Estado, de mais amplo espectro, de forma a estabelecer não só um quadro jurídico, mas principalmente social, que caminhe na direção da igualdade entre seus cidadãos e da inclusão social.

¹⁷⁷GOMES, Joaquim B. Barbosa. op. cit., p. 40.

4 NORMAS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS NO BRASIL

Na ordem jurídica interna, o legislador brasileiro já editou leis e outros tipos normativos que reconhecem o direito à diferença de tratamento legal para diversos grupos considerados vulneráveis. As diversas normas jurídicas editadas não se referem ao termo "ação afirmativa" ou "medidas especiais". Os termos empregados são: "reservar" (por exemplo, na Lei nº 9.504/97), "reservará" (por exemplo, na Carta Federal, o artigo 37, Inciso VIII) e "reservarão" (por exemplo, na Lei nº 5.465/68 – "Lei do Boi").

Apesar de pouco comentado pela literatura especializada, o pioneirismo na criação de políticas de ação afirmativa no âmbito da educação pública superior, antes mesmo da edição das leis de cotas do Estado do Rio de Janeiro, coube ao Governo Federal, em 1968, com a denominada "Lei do Boi" (lei 5.465/68). Essa lei instituiu reserva de vagas de 50% (cinquenta por cento)" para candidatos agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam com suas famílias na zona rural e 30% (trinta por cento) a agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam em cidades ou vilas que não possuam estabelecimentos de ensino médio, nos cursos de graduação de Agricultura e Veterinária".

Essa lei, entretanto, manipulada nos seus reais objetivos, acabou apenas por favorecer os membros da elite rural brasileira – daí ser apelidada de "Lei do Boi".

Outra iniciativa pioneira, mas também pouco comentada, veio do Poder Judiciário. Provocado pelo Ministério Público Federal (Procuradoria da República) no Estado do Ceará, por meio de uma Ação Civil Pública¹⁷⁸, o MM. Juízo da 6ª Vara Federal determinou, em 15 de setembro de 1999, que a Universidade Federal do Estado do Ceará, "em nome do princípio da isonomia", "doravante e até ulterior deliberação", reservasse "cinquenta por cento (50%) das vagas de todos os seus cursos para estudantes egressos da rede pública de ensino".

¹⁷⁸Ação Civil Pública nº 990017917-0.

4.1 Princípios fundamentais

Dentre os princípios que visam a uma maior proteção dos Direitos Humanos na Constituição Federal de 1988, temos aquele que é estabelecido como princípio fundamental - artigo 1º, III: o princípio da dignidade humana.

O constituinte de 1988, além de declarar que a dignidade humana constitui fundamento norteador de compreensão e interpretação da Constituição, estabeleceu no artigo 5º, parágrafo 2º, que os Direitos Fundamentais nela expressos "*não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*". Quis ele expressar que o texto normativo do artigo 1º, III não trata de simples declaração ou enunciado de direitos, pois o artigo 5º, parágrafo 2º, estabeleceu as condições materiais para uma efetiva implementação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Canotilho¹⁷⁹ ensina que os direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente, necessariamente vigentes numa ordem jurídica certa e determinada.

Paulo Bonavides¹⁸⁰ adota o conceito de Carl Schmitt, ao afirmar que

Os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, entende ele, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. E acrescenta: numa acepção estrita são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável. Corresponde assim, por inteiro, a uma concepção de direitos absolutos, que só excepcionalmente se relativizam "segundo o critério da lei" ou "dentro dos limites legais".

Como nos ensina MORAES¹⁸¹, os direitos humanos fundamentais, entre os quais se encontram os direitos e garantias individuais e coletivos (art. 5º da Constituição Federal), têm sua eficácia e aplicabilidade dependente¹⁸², primeiro, do próprio enunciado, posto que a Constituição faz depender de legislação ulterior a

¹⁷⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit., p. 391.

¹⁸⁰BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 561.

¹⁸¹MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 53.

¹⁸²MANDARA NETO, Salvatore. op. cit. p. 108 e 112. Trata da classificação e características das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade, sustentando que as normas constitucionais de eficácia limitada não produzem todos os seus efeitos desejados desde a entrada em vigor da lei fundamental, isso porque o legislador constituinte não estabeleceu uma normatividade sobre determinada matéria, deixando, pois, essa faculdade legislativa ao legislador ordinário.

aplicabilidade de normas definidoras de direitos sociais, que se enquadram também como direitos fundamentais. Em segundo lugar, a própria Constituição Federal, em uma norma-síntese, determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. O autor destaca que essa declaração pura e simples não é suficiente, se outros mecanismos não forem previstos para torná-la eficiente.

Para SILVA JÚNIOR.¹⁸³, os princípios constituem uma espécie de norma constitucional, em enunciados de valores, normas jurídicas impositivas de otimização (liberdade, igualdade, dignidade, democracia), que são as expressões das opções políticas nucleares dos valores políticos fundamentais.

O mesmo autor¹⁸⁴ ressalta a importância de assinalar que, entre princípios e regras estão os subprincípios concretizadores, cuja função é decompor o conteúdo semântico dos princípios, de tal forma a decompô-los em regras, do que se depreende que existem:

- a) princípios estruturantes – conforme os valores basilares;
- b) princípios constitucionais gerais – que decompõem o sentido dos estruturantes;
- c) princípios constitucionais especiais – que especificam a incidência dos gerais e
- d) regras constitucionais, que prescrevem a conduta.

Segundo MIRANDA¹⁸⁵ os direitos fundamentais pressupõem relações de poder; já os direitos de personalidade, pressupõem relações de igualdade. Os direitos fundamentais têm uma incidência publicística imediata; já os direitos de personalidade têm incidência privatística, mesmo quando sobreposta ou sub-posta à incidência dos direitos fundamentais, sendo que estes últimos pertencem ao domínio do Direito constitucional; enquanto os direitos de personalidade pertencem ao domínio do Direito civil.

¹⁸³SILVA JR., Hédio. *Direito de igualdade racial: aspectos constitucionais, civis e penais: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 106.

¹⁸⁴Id. *Ibid.*, p. 107-108.

¹⁸⁵MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1988. t. 4, p. 59.

Os princípios constitucionais gerais, ainda que não integrem o núcleo da decisão política formadora do Estado, são, conforme BARROSO¹⁸⁶, em geral importantes especificações dos princípios fundamentais. Esses princípios se irradiam por toda a ordem jurídica, como desdobramentos dos princípios fundamentais, aproximando-se do que identificamos como princípios definidores de direito. O autor cita como exemplos o princípio da legalidade, da isonomia, do juiz natural.

4.2 A Constituição Federal

Os principais dispositivos que se referem à ação afirmativa no Brasil, encontram-se nos seguintes artigos da Constituição Federal:

- 1º, inciso III (princípio que resguarda o valor da dignidade humana);
- 3º, incisos I, III e IV (constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação);
- 4º, incisos II e VIII (A República Federativa do Brasil, no plano das relações internacionais, deve velar pela observância dos princípios da prevalência dos direitos humanos e do repúdio ao terrorismo e ao racismo);
- 5º, incisos XLI e XLII (consagra o princípio da igualdade; punição para qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, e enuncia que racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei, e parágrafo 2º, consagrando a incorporação dos direitos e garantias advindos dos tratados internacionais);

¹⁸⁶BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 155-156.

- 7º inciso XXX (no campo dos direitos sociais, proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil);
- 23, inciso X (combater (...) os fatores de marginalização);
- 37, inciso VIII (a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão);
- 145, § 1º (Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte...);
- 170, incisos VII (redução das desigualdades (...) sociais) e IX (tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País);
- 179 (A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei),
- 227, inciso II - criação de programas (...) de integração social do adolescente portador de deficiência.

4.3 O Direito infraconstitucional federal

- Decreto-Lei 5.452/43 (CLT), que prevê, em seu art. 354, cota de dois terços de brasileiros para empregados de empresas individuais ou coletivas;

- Decreto-Lei 5.452/43 (CLT), que estabelece, em seu art. 373-A, a adoção de políticas destinadas a corrigir as distorções responsáveis pela desigualdade de direitos entre homens e mulheres;

- Lei nº 5.465/68, que prescreveu a reserva de 50% de vagas dos estabelecimentos de ensino médio agrícola e às escolas superiores de Agricultura e

Veterinária a candidatos agricultores ou filhos destes (mais conhecida como "Lei do Boi");

- Lei 8.112/90, que prescreve, no artigo 5º, § 2º, reserva de até 20% para os portadores de deficiências no serviço público civil da união;

- Lei 8.213/91, que fixou, em seu art. 93, reserva para as pessoas portadoras de deficiência no setor privado;

- Lei 8.666/93, que preceitua, em art. 24, inc. XX, a inexigibilidade de licitação para contratação de associações filantrópicas de pessoas portadoras de deficiência;

- Lei nº 9.029/95, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho;

- Lei 9.504/97, que preconiza, em seu art. 10, § 3º, "reserva de vagas" para mulheres nas candidaturas partidárias.

4.3.1 Outros acontecimentos marcantes em prol das ações afirmativas

- 1988

- em 22 de agosto de 1988, depois de décadas de omissão do Governo Federal quanto à questão dos negros brasileiros, em 1988, foi editada a Lei nº 7.668, instituindo a Fundação Cultural Palmares, vinculada ao Ministério da Cultura, tendo o seu estatuto sido aprovado pelo Decreto nº 418, de 10/1/92;

- 1995

- em 7 de novembro de 1995, a Lei nº 9.125 instituiu aquele ano como o ANO ZUMBI DOS PALMARES;
- em 20 de novembro de 1995, o Governo Federal criou o GTI – Grupo de Trabalho Interministerial para a Valorização da População Negra, com o objetivo de sugerir ações e políticas de valorização da comunidade afrodescendente, e, no discurso oficial, o Presidente

Fernando Henrique Cardoso afirmou que tanto o governo como a sociedade deveriam lutar contra o racismo;

- 1996

- o GTI é integrado por dez representantes de órgãos governamentais e mais oito representantes da sociedade civil, oriundos das entidades negras, sendo sua prioridade inscrever a questão do negro na agenda nacional;
- em 20 de março de 1996, foi instituído, no âmbito do Ministério do Trabalho, por Decreto s/n, o Grupo de Trabalho para a Eliminação da Discriminação no Emprego e na Ocupação-GTEDEO, de constituição tripartite, cuja finalidade é definir um programa de ações e propor estratégias de combate à discriminação no emprego e na ocupação, como preconizado na Convenção nº 111, da Organização Internacional do Trabalho-OIT;
- em 13 de maio de 1996, foi lançado o Programa Nacional dos Direitos Humanos (PNDH), tendo o Governo Federal listado as prioridades na área de promoção e proteção;
- em 02 de julho de 1996, foi realizado o seminário internacional *Multiculturalismo e Racismo: O Papel Da Ação Afirmativa Nos Estados Democráticos Contemporâneos*, patrocinado pelo Ministério da Justiça;
- em 20 de novembro de 1996, a Lei nº 9.315 inscreveu o nome de Zumbi dos Palmares no “Livro dos Heróis da Pátria”;

- 1997

- em 20 de novembro de 1997, no Dia Nacional de Valorização da Consciência Negra, o Ministro Raul Jungmann, entregou títulos de propriedade aos integrantes das comunidades negras remanescentes dos quilombos;

- 1998

- em 27 de maio de 1998, outro órgão importante, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação - CNCD, no âmbito do Ministério da Justiça, foi criado pela Lei nº 9.649;

- em 1998, a Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República editou a publicação denominada *Construindo a democracia racial*, contendo discursos do Presidente Fernando Henrique Cardoso, de 1995 a 1998, bem como o Relatório do GTI;
- 1999
 - em 26 de outubro de 1999, o Ministério do Trabalho, mediante a Portaria nº 1.740, determinou a inclusão de dados informativos da raça e da cor dos empregados, nos formulários da Relação Anual de Informações Sociais – RAIS e no Cadastro Geral de Empregados e Desempregados – CAGED;
- 2000
 - em 1 de junho de 2000, através da Portaria nº 604, o Ministério do Trabalho instituiu, no âmbito das Delegacias Regionais do Trabalho, os Núcleos de Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Combate à Discriminação, encarregados de coordenar ações de combate à discriminação em matéria de emprego e profissão;
 - o Brasil participou da Pré-Conferência Regional das Américas, no Chile, em dezembro de 2000, e realizou várias Pré-Conferências Regionais em todo o País, organizadas pela Fundação Cultural Palmares e pelo Ministério da Cultura, com representantes do Movimento Negro, da sociedade civil, acadêmicos, cientistas sociais, parlamentares e gestores públicos, desencadeando um processo de discussão e um dos temas foi a adoção de Políticas de Ações Afirmativas;
- 2001
 - em 9 de janeiro de 2001, foi editada a Lei nº 10.172 – *Plano Nacional de Educação*, que estabelece a necessidade de políticas de inclusão de minorias étnicas;
 - em 4 de setembro de 2001, o Ministério do Desenvolvimento Agrário, através da Portaria nº 202, criou reserva de 20% das vagas para negros. Trata-se de um Programa de Ações Afirmativas, Raça e Etnia,

reserva das vagas dos servidores contratados por concurso, dos cargos comissionados e dos empregados em empresas prestadoras de serviços ao ministério;

- em 4 de outubro de 2001, através do Decreto nº 3.952, o Governo Federal disciplinou a composição e as atividades do Conselho Nacional de Combate à Discriminação – CNCD;
- em 16 de outubro de 2001, foi implementada a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, no âmbito do Ministério Público Federal;
- em 19 de dezembro de 2001, ao discursar na cerimônia de entrega do Prêmio Nacional dos Direitos Humanos, o Presidente Fernando Henrique Cardoso defendeu abertamente a adoção de políticas afirmativas no Brasil;
- em 21 de dezembro de 2001, o Supremo Tribunal Federal criou reserva de 20% das vagas para negros, 20% para mulheres e 5% para pessoas portadoras de deficiência. Trata-se de adoção de cotas para negros, mulheres e portadores de necessidades especiais nas empresas prestadoras de serviço ao STF;
- o Ministério da Justiça, através da Portaria nº 1.156/01, estabelece reserva de 20% das vagas para afrodescendentes, 20% para mulheres e 5% para pessoas portadoras de deficiência. Em dezembro de 2001 o Ministério da Justiça anunciou a adoção do sistema de cotas, nos moldes do iniciado pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário. A implementação do sistema está sob supervisão do Conselho Nacional de Combate à Discriminação criado pelo Ministério da Justiça;

- 2002

- o Brasil faz o depósito da declaração facultativa prevista no art. 14 da *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, após o Congresso Nacional tê-lo aprovado, através do Decreto Legislativo nº 57, de 26 de abril de 2002;
- em 13 de maio de 2002, o Decreto presidencial 4.228, institui o Programa Nacional de Ações Afirmativas;

- em 13 de maio de 2002, é lançado o Programa Nacional de Direitos Humanos II;
 - o Instituto Rio Branco cria um programa de bolsas de estudo (vinte bolsas por ano) para afrodescendentes em cursos preparatórios para o ingresso na Instituição, que é responsável pelo treinamento de diplomatas brasileiros;
 - o Ministério da Educação lança o Programa *Diversidade da Universidade* (MP n. 63/2002);
 - a UnB - Universidade de Brasília estuda possibilidade de reserva de 20% das vagas para estudantes negros. Proposta em discussão no Conselho Universitário o qual prevê a destinação de 20% das vagas no vestibular e no PAS (Programa de Avaliação Seriada) para negros;
- 2003
- em 9 de janeiro de 2003, foi editada a Lei nº 10.639, que instituiu o dia 20 de novembro como o “Dia Nacional da Consciência Negra” no calendário escolar, e determinou o estudo da contribuição dos negros para formação da nossa nacionalidade em todo os estabelecimentos de ensino fundamental e médio oficiais e particulares;
 - em 23 de maio de 2003, é criada a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial – SEPPIR, por meio da Lei nº 10.678, como órgão de assessoramento imediato ao Presidente da República e o Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial – CNPIR, que foi regulamentado em 20 de novembro, por força do Decreto nº 4.885/03;
 - indicação da ex-Governadora do Estado do Rio de Janeiro, Benedita da Silva, para o cargo de Ministra da Assistência Social;
 - indicação do Procurador Regional da República Joaquim B. Barbosa Gomes, para a vaga de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

4.3.2 No âmbito estadual

- O governo do Estado do Rio de Janeiro determinou cotas para minorias nos cursos de graduação em suas universidades, quando sancionou as leis n^{os} 3.524/2000 (oriundos da rede pública de ensino), 3.708/2001 (população negra e parda), 4.061/2003 (portadores de deficiência) e 4.151/2003 (oriundos da rede pública de ensino, negros e portadores de deficiência);

- A Universidade Estadual da Bahia – UNEB, em 2002, através do seu Conselho Universitário, estabeleceu um sistema de cotas para negros, nos cursos de graduação e pós-graduação.

- No Estado de São Paulo as ações afirmativas são instrumentalizadas pela seguinte legislação:

- Lei 5.466/86, regulamentada pelo Decreto 34.117/91, dispõe sobre o Conselho de Participação e Desenvolvimento da Comunidade Negra;

- Lei 7.576/91 cria o Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana e dá providências correlatas;

- Lei 7.968/92 institui o “Dia da Consciência Negra” e dá outras providências;

- Decreto 36.696/93 cria a Delegacia Especializada de Crimes Raciais e dá outras providências;

- Decreto 41.774/97 dispõe sobre o Programa de Cooperação Técnica e de Ação Conjunta a ser implementado entre a Procuradoria Geral do Estado, a Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, a Secretaria do Meio Ambiente, a Secretaria da Cultura, a Secretaria de Agricultura e Abastecimento, a Secretaria da Educação e a Secretaria do Governo e Gestão Estratégica, para identificação, discriminação e legitimação de terras devolutas do Estado de São Paulo e sua regularização fundiária ocupadas por Remanescentes das Comunidades de Quilombos, implantando medidas sócio-econômicas, ambientais e culturais;

- Lei 9.757/97, regulamentada pelo Decreto 42.839/98, dispõe sobre a legitimação de posse de terras públicas estaduais aos Remanescentes das Comunidades de Quilombos, em atendimento ao artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal;

- Lei 10.237/99 institui política para a superação da discriminação racial no Estado e dá outras providências;

- Lei 10.850/01 altera os limites dos Parques Estaduais de Jacupiranga e Intervales, para o reconhecimento da aquisição do domínio de terras ocupadas por remanescentes das comunidades de quilombos, nos termos do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal;

- Lei 11.369/03 veda qualquer forma de discriminação racial, ao idoso, à pessoa portadora de necessidades especiais, à mulher e dá outras providências;

- Decreto 48.328/03 institui, no âmbito da Administração Pública do Estado de São Paulo, a Política de Ações Afirmativas para Afrodescendentes e dá providências correlatas;

- Decreto 49.602/05 institui e disciplina o Sistema de Pontuação Acrescida, para afrodescendentes e egressos do ensino público (fundamental e médio), nos exames seletivos para ingresso nas Escolas Técnicas Estaduais - ETEs e nas Faculdades de Tecnologia - FATECs, pertencentes ao Centro Estadual de Educação Tecnológica "Paula Souza" - CEETEPS e dá providências correlatas

- Lei 12.284/06 autoriza o Poder Executivo a incluir no currículo do ensino fundamental e médio a crítica da violência doméstica e da discriminação de raça, gênero, orientação sexual, origem ou etnia;

Decreto 50.594/06 cria, na Divisão de Proteção à Pessoa, do Departamento de Homicídios e de Proteção à Pessoa – DHPP, a Delegacia de Crimes Raciais e Delitos de Intolerância e dá providências correlatas.

4.3.3 No âmbito municipal de São Paulo

- Lei 9.111/80 institui no Município de São Paulo o “DIA DA COMUNIDADE AFRO-BRASILEIRA”, a ser comemorado anualmente, em 20 de novembro, dia do Zumbi;

- Lei 10.040/86, regulamentada pelo Decreto 26.500/88, determina a cassação dos alvarás de funcionamento de estabelecimentos comerciais que venham a praticar discriminações incompatíveis com o princípio da isonomia;
- Lei 11.026/91 institui a Semana da Consciência Negra;
- Lei 11.293/92, regulamentada pelo Decreto 37.427/98, cria o Acervo da Memória e do Viver Afro-brasileiro, e dá outras providências;
- Lei 11.321/92 cria a Coordenadoria Especial do Negro CONE, e dá outras providências;
- Lei 11.973/96, regulamentada pelo Decreto 36.173/96, dispõe sobre a introdução nos currículos das escolas municipais de 1º e 2º graus “estudos contra a discriminação racial”;
- Lei 11.995/96, regulamentada pelo Decreto 36.434/96, veda qualquer forma de discriminação no acesso aos elevadores de todos os edifícios públicos municipais ou particulares, comerciais, industriais e residenciais multifamiliares existentes no Município de São Paulo;
- Lei 12.257/96 cria o Dia da Raça no Município de São Paulo, em 12 de outubro;
- Lei 13.971/04 cria o Programa Municipal de Combate ao Racismo e o Programa de Ações Afirmativas para Afrodescendentes da Prefeitura Municipal de São Paulo e dá outras providências.
- Decreto 44.988/04 dispõe sobre a oficialização e a realização da I Conferência Municipal de Promoção da Igualdade Racial.

5 COTAS UNIVERSITÁRIAS RACIAIS COMO ESPÉCIE DE AÇÕES AFIRMATIVAS

Os projetos de lei propostos no Congresso Nacional, a respeito de alguns tipos de ação afirmativa, muitas vezes apenas minimizam a visível desigualdade social e racial existente no Brasil.

Historicamente, a escola pública é criticada por destinar aos negros e pobres uma educação de menor qualidade, quando se observa superioridade qualitativa da escola particular acessível à população branca, considerada social, política e economicamente hegemônica.

Tal situação, como visto anteriormente, não tem sido mais aceita por grande parte da população, que vem, gradativamente, se conscientizando dessa desigualdade latente.

A efetivação de ações afirmativas ocorreu por iniciativa do Estado que fez com que as pessoas com poder de decisão em áreas públicas e privadas passassem a considerar temas até então negligenciados, tais como raça, cor, gênero, sexualidade, origem social das pessoas etc..

Assim, quando se começou a perceber a ineficácia de procedimentos utilizados contra as práticas discriminatórias, passou-se a difundir a idéia de realização da igualdade de oportunidades, pela imposição de um número de cotas que permita o acesso das minorias a setores do mercado de trabalho e universidades.

Atualmente, as ações afirmativas são representadas por um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com o propósito de combater a discriminação racial, de gênero, de sexualidade, de classe social e de nacionalidade, bem como para corrigir os efeitos

presentes da discriminação exercida no passado, e para concretizar a idéia de uma efetiva igualdade de acesso a bens essenciais, como a educação e o emprego.¹⁸⁷

As discussões sobre a necessidade e a validade da implantação ou não das políticas de ação afirmativa, especificamente em relação àquelas concernentes ao ingresso de estudantes negros nas universidades, são raras e algumas que aparecem na mídia impressa são tratadas num tom um tanto pejorativo e emotivo. Em alguns casos, tal discussão parece não difundir a seriedade com a qual o assunto deve ser tratado.

Vivemos numa sociedade racialmente excludente, na qual as desigualdades raciais são mascaradas sob o rótulo de democracia racial, pela formulação e implementação de políticas sociais exclusivamente universalistas, por não deterem os mecanismos que geram as desigualdades. Antes, atuam como promotoras e atualizadoras desse tipo de preconceito, quando sua finalidade seria dirimí-las. O pior, é que essas políticas separam ainda mais aqueles considerados como cidadãos, daqueles considerados não-cidadãos – os que vivem à margem da sociedade.¹⁸⁸

No Brasil, a Lei nº 1.390 de 1951, denominada Afonso Arinos, reconheceu a existência de racismo no Brasil, proibindo-o. Tal proibição não levou em consideração se a discriminação sofrida pelo negro é devida pela cor ou por motivo econômico, tendo em vista que, neste país o negro representa a maioria da população pobre. Por que criar cotas para negros em universidades públicas? Seria essa a solução do problema de exclusão universitária racial? Ou o problema seria ainda mais abrangente, atingindo não somente os negros, mas sim a maior parte a população pobre? Considerando que acesso à boa educação significa melhores empregos.

É importante observar que as transformações econômicas do capitalismo modificaram e ainda redefinem o perfil do trabalhador, de acordo com critérios de produtividade e competição em cada fase da economia. Com a rapidez com que as

¹⁸⁷GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Orgs.). *Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. p. 27-30.

¹⁸⁸SISS, Ahyas. Afro-brasileiros, políticas de ação afirmativa e educação: algumas considerações. (GT21). In: REUNIÃO ANUAL DA ANPED, 25., 2002. *Anais...* Caxambú: ANPED, 2002. Disponível em: <<http://www.anped.org.br/25/excedentes25/ahyassisst21.rtf>>. Acesso em: 21 abr. 2007.

mudanças tecnológicas e científicas vêm ocorrendo, passou-se a exigir dos trabalhadores atributos e habilidades compatíveis com o mercado econômico.

Nesse aspecto, a educação básica se tornou o requisito indispensável para a inserção dos trabalhadores nos novos processos produtivos, o que acaba por reduzir as chances de trabalho tanto para os mais jovens quanto para os mais velhos, fazendo crescer a cada dia o contingente de desempregados.

O problema se torna ainda maior quando tratamos de questões de raça e gênero, pois, a situação dos desempregados afro-brasileiros e das mulheres é mais preocupante, pois são números alarmantes de desigualdades raciais e de gênero, constantemente promovidas dentro de nosso país.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) pela Convenção 111, que trata da discriminação em questões de trabalho e profissão, traz preceitos para a diminuição dessas desigualdades, porém, o que nos aflige é a questão da plena aplicabilidade desta Convenção.

Para tentar minimizar estas desigualdades raciais e de gênero a Constituição Federal de 1988 autorizou a adoção das chamadas Discriminações Positivas. Nos próximos tópicos analisaremos tal autorização contida na Carta Magna e a aplicação das Ações Afirmativas de Gênero e Raça como forma de superação destas desigualdades.

5.1 Ações afirmativas e discriminações positivas

A discussão normativa a respeito da validade das cotas universitárias raciais tem sustentação legal em algumas interpretações, as quais ainda não são majoritárias. Nem nos Estados Unidos as posições jurídicas sobre a constitucionalidade dessas ações foram consensuais e livres de controvérsias. A Lei de Direitos Civis, nos seus artigos 6º e 7º, que serviu de sustentação às decisões favoráveis da Suprema Corte à implementação das ações afirmativas, hoje, por exemplo, tem servido para restringí-las. Existe um tênue equilíbrio na sua validade legal, exigindo uma atenção à justificativa moral que essas ações teriam na sociedade, sendo necessário observar a sua legitimidade social.

Outra questão se refere à oposição entre políticas de ação afirmativa e políticas universalistas/sociais mais amplas. O debate sobre o acesso ao ensino superior contrapõe o uso do sistema de cotas a um maior investimento na educação básica e na expansão da educação superior.

O grande problema é a existência de uma seleção velada, negros e não-negros, ricos e pobres, em posição de desigualdade quanto às oportunidades de acesso ao ensino superior. Aqueles que defendem políticas universalistas argumentam que é necessário olhar a raiz do problema, no caso, a baixa qualidade do ensino básico na esfera pública e as poucas vagas oferecidas pelas instituições de ensino superior. Para alguns que apóiam as cotas universitárias raciais, não deveria haver uma oposição entre as políticas adotadas mas, sim, uma combinação entre elas.

As ações afirmativas não dispensam, mas exigem, uma política mais ampla de igualdade de oportunidades implementada conjuntamente, considerando que as ações afirmativas são políticas restritas e limitadas, uma exceção utilizada apenas naqueles locais em que os indivíduos são excluídos socialmente.¹⁸⁹

Dessa forma, enquanto o ensino fundamental e médio exige uma universalização, o ensino superior necessitaria de medidas que garantissem o ingresso de certos grupos dele sistematicamente excluídos, não pelo mérito ou dotes intelectuais, mas por critérios raciais e sociais.

Uma segunda questão, ainda relacionada a essa polêmica, é o debate entre o uso de políticas distributivas (de caráter social) ou de políticas contrárias à discriminação (de caráter racial), ou uma combinação de ambas. No Brasil, ainda é forte a idéia de que uma política direcionada à população pobre necessariamente também beneficiaria os negros, por exemplo, tendo em vista que seriam a maioria nesta camada da população. Aqueles que discordam dessa posição argumentam que ela esquece a especificidade do problema racial, pois a exclusão social não seria a mesma coisa que a discriminação racial.

Uma análise da eficácia de cada uma dessas políticas ou mesmo de suas interdependências exigiria um acompanhamento de seus impactos e resultados a médio e longo prazo, o que no momento atual é tarefa difícil de realizar. Entretanto,

¹⁸⁹MADRUGA, Sidney. op. cit., p. 72.

alguns estudos desenvolvidos em outros países podem trazer uma contribuição para pensar tal debate.

As ações afirmativas foram implementadas na Malásia num contexto de desenvolvimento econômico muito alto e sustentável, especialmente nos anos de 1970 e 1980. O tratamento preferencial aos malaios resultou na melhoria absoluta e relativa do seu *status* socioeconômico, enquanto outros grupos étnicos também registraram melhorias no seu bem-estar, embora num grau menor.¹⁹⁰

Conforme Sowel, os dois principais fatores que tornaram viáveis as políticas de ação afirmativa na Malásia foram a prosperidade econômica e a repressão à liberdade de expressão.¹⁹¹ Com o passar do tempo, os malaios começaram a ser mais representados nas áreas nas quais anteriormente não tinham acesso, ou mesmo não tinham participação expressiva:

Em função da crescente prosperidade do país, combinada com a transformação de uma economia agrícola em comercial e industrial, a demanda por pessoas mais preparadas e capacitadas criou oportunidades para os malaios sem reduzir o número de chineses nas mesmas profissões.¹⁹²

No entanto,

Na Malásia, como em outros países, os principais beneficiários das cotas e preferências foram os que já eram afortunados.

(...) foram as elites e não as massas que tiraram proveito da política de preferências para os bumiputeras (...).¹⁹³

Nos EUA, as disparidades econômicas entre grupos étnicos/raciais permanecem grandes, embora o *Civil Rights Act* tenha sido útil para ampliar a elite econômica afro-americana. Quando se examinam as tendências de pobreza entre afro-americanos, hispânicos e brancos entre 1970 e 1999, observa-se que poucas mudanças ocorreram para esses grupos até o início da década de 1990. Inversamente, o *boom* econômico da década de 1990 ajudou a reduzir significativamente a pobreza: a incidência de pobreza entre afro-americanos caiu de 31% para 21%. Isso significa que, enquanto no início dos anos de 1970 a pobreza

¹⁹⁰SOWEL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: estudo empírico*. Rio de Janeiro: UniverCidade Ed., 2004. p. 64-69.

¹⁹¹Id. Ibid., p. 63-73.

¹⁹²Id. Ibid., p. 69.

¹⁹³Id., loc. cit.

dos afro-americanos era cerca de quatro vezes maior que a dos brancos, 30 anos mais tarde ela era três vezes maior.

A diminuição na pobreza foi acompanhada de um aumento espetacular (numa taxa maior do que a taxa de declínio da pobreza), em todos os grupos de pessoas vivendo em condições de abundância durante a década de 1990.¹⁹⁴

Em estudo sobre a situação socioeconômica dos negros norte-americanos no período compreendido entre os anos 30 ao final do século XX, Martin Carnoy¹⁹⁵ observa quais fatores contribuíram para a melhoria de suas condições de vida e para a diminuição das desigualdades entre os grupos raciais. Analisando diversas variáveis, observa que os maiores ganhos da população negra ocorreram nos anos 40, 60 e início dos 70, quando governos sociais democratas intervinham na sociedade, desenvolvendo políticas de equalização de oportunidades. Já nos anos 50 e 80, quando os governos eram menos participativos e mais conservadores em termos sociais, os ganhos foram baixos, ainda que a economia estivesse em ritmo de crescimento, o desemprego fosse baixo e os níveis educacionais tivessem aumentado. Conclui de sua análise que a participação ativa do Estado na definição de políticas públicas e a combinação de políticas antipobreza e antidiscriminação são os principais fatores responsáveis pela melhora das condições de igualdade social e econômica da população negra nos Estados Unidos.

Analisando o contexto norte-americano, alguns poderiam argumentar que as desigualdades entre os grupos raciais apenas diminuíram, em momentos mais favoráveis, mas nunca chegaram a ser eliminadas. Qual o sentido, então, de defender ações afirmativas para a população negra? Não seria melhor, em vez disso, defender mudanças de base, mais profundas e que cheguem à raiz do problema? Vejamos um exemplo de mudanças radicais nas estruturas da sociedade, como a Revolução Cubana, e seus impactos sobre as desigualdades entre os grupos raciais.

¹⁹⁴Economic Planning Unit – Eight Malaysian Plan 2001-2005 apud TOMEI, Manuela. Ação afirmativa para a igualdade racial: características, impactos e desafios. OIT Brasil. p. 35. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/info/downloadfile.php?fileId=98>>. Acesso em: 20 abr. 2007.

¹⁹⁵CARNOY, M. *Faded Dreams: The politics and economics of race in America*. New York: Cambridge University Press, 1995 apud MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. Cad. Pesq. São Paulo, n. 117, nov. 2002. *Scielo Brazil*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.com>>. Acesso em: 20 mar. 2007.

A respeito da eficiência das políticas sociais para a garantia de igualdade racial no contexto cubano Tanya K. Hernandez¹⁹⁶ verificou que a idéia que prevalecia na época da revolução ocorrida em Cuba, e também nos discursos de Fidel Castro, era que a discriminação e desigualdades raciais desapareceriam assim que o privilégio de classe fosse erradicado. Foi proibida qualquer forma de discriminação e abolido o uso de classificações raciais ou referências à raça, pois não existiriam cubanos brancos ou cubanos negros, mas apenas cubanos. O uso de políticas com enfoque racial era visto como divisor maléfico e desnecessário.

Segundo Sabrina Moehlecke, as políticas sociais, utilizadas como medida para garantir uma igualdade substantiva foram abrangentes. Mas questiona qual seria o seu impacto sobre as desigualdades raciais e se, de acordo com pesquisa realizada por Hernandez, houve ganhos da população negra cubana em relação à situação em que vivia anteriormente. Para Moehlecke, as mudanças não foram suficientes para extinguir as desigualdades raciais, que persistem em diversos setores como o educacional, de bem-estar, da saúde, do mercado de trabalho e da representação política.¹⁹⁷

Menciona, ainda, que em 1997, durante a Reunião do 5º Congresso do Partido Comunista Cubano, Fidel Castro reconhece que negros e mulheres estão sub-representados nos postos de liderança do governo e do Estado. Naquela oportunidade, discutiu-se a possibilidade de elaborar um programa de ações afirmativas para esses setores, sendo que a proposta de utilizar um método de representação numérica para negros e mulheres já estava em debate na 3ª Reunião do Congresso, que data de 1986.¹⁹⁸

Enfatiza, ainda, que o mais importante dessa pesquisa é o reconhecimento, por parte do governo cubano, de que políticas sociais, apenas, não são suficientes para lidar com o problema da discriminação e desigualdades raciais. Hernandez¹⁹⁹ observa que as disparidades raciais persistem em Cuba, e muitos recursos foram destinados para garantir igualdade econômica substantiva aos seus residentes,

¹⁹⁶HERNANDEZ, T. K. *An exploration of the efficacy of class-based approaches to racial justice: the cuban context. U.C. Davis Law Review.* University of California at Davis, v. 33, n. 4, p.1. 135-1.171, summer 2000 *apud* MOEHLECKE, Sabrina. *Ação afirmativa: história e debates no Brasil*, cit.

¹⁹⁷MOEHLECKE, Sabrina. *Ação afirmativa: história e debates no Brasil*, cit., p. 26.

¹⁹⁸HERNANDEZ, T. K. *op. cit.*, p.1.156-1.157 *apud* MOEHLECKE, Sabrina. *Ação afirmativa: história e debates no Brasil*, cit., p. 25.

¹⁹⁹HERNANDEZ, *op. cit.*, p. 1.159 *apud* MOEHLECKE, Sabrina. *Ação afirmativa: história e debates no Brasil*, cit., p. 27.

havendo pouca probabilidade que um programa mais modesto de política redistributiva pudesse extinguir as desigualdades raciais existentes nos Estados Unidos. E, prosseguindo, observa Sabrina Moehlecke:

Uma política que se baseia em critérios unicamente sociais para responder a disparidades de ordem racial é incapaz de solucionar de modo eficiente a discriminação racial ou a estratificação socioeconômica, pois não consegue desfazer as interconexões de raça e classe. Em ambos os contextos, que experimentaram uma história de escravidão e discriminação racial, o problema racial está associado ao social e um aspecto não pode ser solucionado sem que se considere também o outro.²⁰⁰

Joaquim B. Barbosa Gomes, em sua obra *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*, explica que

É a mais trivial forma de discriminação. A pessoa vítima da discriminação é tratada de maneira desigual, menos favorável, seja na relação de emprego ou em qualquer outro tipo de atividade, única e exclusivamente em razão de sua raça, cor, sexo origem ou qualquer outro fator que a diferencie da maioria dominante.²⁰¹

E, em outra passagem:

(...) 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 conseqüência de sua aplicação resultarem efeitos nocivos de incidência desproporcional sobre certas categorias de pessoas.²⁰²

Para esse mesmo autor as Ações Afirmativas:

(...) consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da *igualdade material* e à *neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física*.

(...) Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade.²⁰³

Na verdade, esse tipo de política utiliza fatores que antes eram vistos como propensos à discriminação negativa para promover a igualdade material.

²⁰⁰MOEHLECKE, Sabrina. *Ação afirmativa: história e debates no Brasil*, cit., p. 27.

²⁰¹GOMES, Joaquim B. Barbosa. op. cit., p. 20.

²⁰²Id. Ibid., p. 24.

²⁰³Id. Ibid., p. 6.

É importante observar que as desigualdades foram se acumulando no decorrer da história, e as políticas de Ação Afirmativa, mesmo que não se constituam como intervenções governamentais suficientemente potentes para eliminá-las, desempenham uma significativa função de correção, ao promoverem as igualdades de oportunidade e de tratamento, o que tem grandes possibilidades de trazer resultados positivos imediatos.

As Ações Afirmativas podem ser promovidas tanto pelo Estado como por entes particulares.

Em nosso Direito Pátrio, como já visto, encontramos dispositivos que não só possibilitam a adoção das discriminações inversas por parte do Estado e de particulares, mas também, criam verdadeiros preceitos para sua prática sob pena de inconstitucionalidade por omissão.

A implementação destas formas de discriminação positivas devem ser bem elaboradas e utilizadas com o máximo de rigor, pois, conforme verificaremos mais adiante, é sabido que devido a inúmeros outros problemas constantes em nosso país, a implementação destas ações pode se tornar não uma solução, mas sim um problema ainda maior, a ser resolvido pelo Estado e pela sociedade.

No Brasil, entre as políticas de Ações Afirmativas que se tem tentado implementar – principalmente, em nível infraconstitucional – destacam-se duas formas: a Ação Afirmativa de Gênero, referente a direitos iguais para homens e mulheres, e a Ação Afirmativa de Raça, foco deste trabalho.

O país já possui leis que previnem contra o preconceito racial, e a própria Constituição prega a isonomia das leis. A respeito, segundo Ali Kamel é de causar estranheza esse tipo de iniciativa no Brasil, por acreditar que o problema maior é quanto à pobreza e não quanto ao preconceito de cor. Para ele, nunca existiram barreiras institucionais contra a ascensão social do negro, notadamente no acesso a empregos públicos e a vagas em instituições de ensino público. Observa ainda que milhões de brancos são pobres e enfrentam as mesmas dificuldades dos negros pobres. Então, nesse caso, a instituição de políticas de preferência racial, em lugar de garantir educação de qualidade para todos os pobres, dando-lhes oportunidade para que superem a pobreza de acordo com os seus méritos, estimula o ódio racial, que até aqui não chegamos a conhecer.

E prossegue:

O racismo sempre é de pessoas sobre pessoas, e ele existe aqui como em todas as partes do mundo. Mas não é um traço dominante de nossa cultura. Por outro lado, nossas instituições são completamente abertas a pessoas de todas as cores, nosso arcabouço jurídico-institucional é todo ele “a racial”. Toda forma de discriminação racial é combatida em lei.²⁰⁴

Ali Kamel lembra que o conceito de raça nem sequer existe geneticamente. O próprio conceito de raça em si deve ser superado, e indivíduos devem ser julgados por outros critérios que não a cor da pele, algo totalmente irrelevante em relação ao caráter e capacidade intelectual. Não existem raças superiores ou inferiores, e abraçar tal crença é mergulhar na irracionalidade.

Além disso, segundo Ali Kamel²⁰⁵, as estatísticas têm sido mal interpretadas ou até mesmo manipuladas. O grosso da população brasileira se considera pardo, um termo vago que abrange várias tonalidades de cor. As estatísticas apresentadas para “provar” um suposto racismo como causa da miséria dos negros têm utilizado todos os pardos como negros, enquanto estes representam uma pequena minoria do total. Fora isso, há uma enorme confusão entre correlação e causalidade, por isso passam a considerar como causa da pobreza a cor da pele, sendo que, observando mais a fundo os números, fica claro que a pobreza não faz distinção de cor. O jogador Pelé não é vítima de preconceito racial, assim como vários outros negros ricos. Já brancos pobres costumam ser vítimas de preconceito. Ali Kamel diz existir um “classismo”²⁰⁶ no Brasil, onde a pobreza em si gera preconceito, mas não a cor da pele. Casos isolados sempre vão existir em qualquer lugar, mas claramente o racismo não é uma marca da nossa nação, tampouco o motivo da existência de tantos pardos e negros na pobreza. Se assim fosse, os brancos seriam oprimidos pelos amarelos, considerando que estes ganham o dobro do salário daqueles, em média. O racismo, na verdade, não explica a discrepância de renda. Um negro, um pardo e um branco com a mesma qualificação costumam receber o mesmo nível de salário.

²⁰⁴KAMEL, Ali. *Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006. p. 66.

²⁰⁵Id. Ibid., p. 50 e ss.

²⁰⁶Id. Ibid., p. 101-103.

Ali Kamel também cita os estudos empíricos do professor negro e PhD. pela Universidade de Chicago, Thomas Sowell²⁰⁷, sobre as conseqüências nefastas do regime de cotas. O que era para ser temporário passa a ser permanente e costuma abrigar novas minorias, pois políticos não acabam com privilégios estabelecidos. Onde não havia ódio racial este passa a existir, inclusive com casos de guerra civil, como em Sri Lanka. Apenas os mais afortunados, dentre a minoria privilegiada, se beneficiam das cotas. Em resumo, para Kamel, a ação afirmativa falha em todos os sentidos.

Em nosso país, no que diz respeito às Ações Afirmativas de Raça deve-se salientar que elas se refletem principalmente sobre os negros, e para um melhor entendimento da situação faz-se necessária uma análise da história, isto porque, a sociedade brasileira tem uma considerável dívida para com os negros.

O direito à educação é um direito de todos, preparando o ser humano para a cidadania, representando também uma garantia da igualdade de oportunidades.

O acesso ao ensino superior, diferentemente do ensino fundamental e médio, não é universalizado; portanto, o ingresso a esse nível de ensino, com garantia da igualdade de condições, deve ocorrer de acordo com a capacidade de cada um. Isto demonstra que a aferição da capacidade de cada candidato ao ensino superior deve considerar as condições individuais e não fatores externos, como situações sociais, raciais, de gênero, ou outras.

Quanto às exigências e processo de seleção daqueles que ingressarão no ensino superior, a Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, prevê que os cursos seqüenciais estão abertos aos candidatos “que atendam aos requisitos estabelecidos pelas instituições de ensino” (art. 44, I).

A Lei de Diretrizes e Bases – LDB sofreu modificações – antes os alunos ingressavam nos cursos de graduação somente por exames vestibulares. Hoje, há possibilidade de utilização de critérios alternativos para a seleção dos ingressantes, dando maior autonomia às instituições e maiores oportunidades de ingresso aos estudantes.

No entanto, é imprescindível que os critérios escolhidos pelas instituições prestigiem a igualdade de oportunidades e equidade no processo. A medida da

²⁰⁷KAMEL, Ali. op. cit., p. 89 e ss.

igualdade é estabelecida como critério fundamental na determinação da validade de um processo seletivo.

No entanto, o sistema de cotas, mínimas e obrigatórias, que devem ser reservadas aos grupos minoritários tem sido apontado como radical e polêmico.

Na definição dos grupos beneficiados, os projetos estabelecem critérios exclusivamente raciais ou sociais, ou procuram utilizar ambos. Naqueles que estabelecem grupos raciais, temos como público-alvo os ‘negros’, ‘afro-brasileiros’, ou ‘descendentes de africanos’, como os projetos de Nascimento, Fernandes, Paim e Alberto, e os setores ‘etno-raciais socialmente discriminados’, nos projetos de Silva e Carlos Minc (Deputado PT/RJ), estes últimos já buscando ampliar o grupo beneficiado, como, por exemplo, incluir-se a população indígena. Temos projetos específicos para a população denominada ‘carente’ ou para os alunos provenientes da escola pública e que sempre a freqüentaram.²⁰⁸

Há dois problemas criados pela implementação do Sistema de Cotas: o primeiro, é que ele determina, necessariamente, a exclusão dos membros que não pertencem aos grupos minoritários; e o segundo, é saber se esta implementação não afronta o princípio da igualdade formal.²⁰⁹

A situação contém um contra-senso, pois, para implementar-se o princípio da igualdade material é necessário aplicar um critério de justiça distributiva, que reverta – na prática – os efeitos da discriminação. Para isso, a solução encontrada é a redução das chances de acesso à maioria da população, pelo simples fato de pertencerem a ela. Analisando por este aspecto, há uma aparente violação do princípio da igualdade formal, porém, somente com a análise do caso concreto e observando a ponderação dos princípios, é que poderemos decidir sobre essa violação.

²⁰⁸MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil, cit., p. 16.

²⁰⁹DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 439.

5.2 Constitucionalidade/inconstitucionalidade na implementação de cotas universitárias raciais

Para a implementação de Ações Afirmativas, tais como o Sistema de Cotas, devem ser observados alguns critérios: a) primeiramente, o critério para discriminação deve basear-se em uma discriminação pretérita de um grupo definido, e que, necessariamente, surta efeito no futuro próximo, pois, caso contrário será inconstitucional; b) observar sempre se não há outras medidas que alcancem o mesmo fim, ou seja, a equiparação material, se houver, o sistema de quotas se torna dispensável; c) e por último, deve-se observar o critério discriminatório, evitando que este elimine definitivamente a possibilidade de concorrência dos membros da maioria.

Para Ronald Dworkin a implementação de cotas só se justifica se temporária, destinada a corrigir uma distorção e a fazer com que o critério discriminatório, ao longo do tempo, seja dissolvido.²¹⁰

Segundo Alexandre Vitorino Silva:

(...) é certo que as quotas se constituem na forma mais radical de ação afirmativa e, possivelmente, na mais polêmica, mas também é correto que existem diversas outras medidas de promoção capazes de desempenhar o papel de instrumento de realização do princípio da igualdade material tais como incentivos fiscais (e outras sanções promocionais, tais como aumento de pontuação em licitações) a empresas que favoreçam a contratação multiracial de empregados.²¹¹

Dessa forma, torna-se muito difícil dar uma resposta teórica à questão da constitucionalidade das cotas, porque isso dependerá de fatores tais como: o critério discriminatório escolhido, a relação entre a discriminação efetuada e o fim almejado, a necessidade e intensidade da delimitação e a adequação ao objetivo primeiro.

Como já dito, a discussão acerca da ação afirmativa é polêmica, porém essa não é uma característica apenas do Brasil.

²¹⁰DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 439.

²¹¹SILVA, Alexandre Vitorino. O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3479>>. Acesso em: 22 abr. 2007.

Avaliando-se as transformações na discussão racial no Brasil, observa-se avanços no sentido de uma publicização sobre o tema racial e as denúncias do Movimento Negro. No entanto, observa-se que as condições de vida da população negra ainda são muito ruins e exigem, além de mudanças no discurso das autoridades, também ações concretas.

Hoje, podemos perceber certa mudança na forma como, oficialmente, a questão racial tem sido abordada, principalmente pela quebra do silêncio a respeito. Há mesmo um reconhecimento da existência de graves desigualdades entre os grupos raciais por parte do Poder Público brasileiro. Porém, as explicações e estratégias políticas adotadas a respeito não são consensuais, chegando a serem contraditórias.

Sob o ponto de vista da Secretaria da Cidadania - SECID, a maioria da população marginalizada é negra, por isso as políticas afirmativas podem ter um sentido universal.

A iniciativa de reservar cotas para negros partiu, inicialmente, do então Ministro do Desenvolvimento Agrário²¹², Raul Jungmann, que, em outubro de 2001, determinou, dentre requisitos para a seleção de empresa prestadora de serviços ao Ministério, a condição de pelo menos 20% (vinte por cento) dos seus empregados serem negros. Tal medida foi acompanhada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Marco Aurélio de Mello, que incluiu o mesmo requisito entre os necessários para a habilitação de prestadoras de serviços ao Supremo Tribunal Federal e defendeu a sua constitucionalidade.

Quanto às cotas destinadas aos cargos públicos e às vagas nas faculdades, encontramos diversos estudiosos contrários a elas, considerando-as inconstitucionais, sob o argumento de que o critério que deve prevalecer na seleção dos candidatos para ambas as vagas deve basear-se na aferição de competência deles, isto é, um critério que não visualiza os problemas raciais.

De acordo com José de Souza Martins:

Os alunos que são barrados no vestibular não o são por sua raça. Eles o são, negros ou brancos, porque não atingem o nível mínimo e básico de conhecimento para ingressar na universidade. Seu destino é decidido na

²¹²SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias. <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=16416>>. Acesso em: 21 abr. 2007.

precária escolaridade prévia que os inabilita para seguir adiante. A escola deficiente é apenas o reflexo de outras muitas injustiças próprias de um país em que ainda há trabalho escravo. A crônica degradação geral das condições de vida de grande parcela da população não será corrigida com o regime de cotas. A cota não supre o saber inexistente e necessário para seguir um bom curso universitário.²¹³

Observa Sebastião José Pena Filho, que:

Prega, inconsciente e infelizmente, a superioridade intelectual do branco sobre o negro. Não acerta no critério e tende a discriminar um novo grupo de pessoas ainda mais excluído: os negros pobres.²¹⁴

A Universidade de Brasília (UnB) foi uma das primeiras faculdades a discutir a institucionalidade da reserva de vagas para negros.

Já nos EUA essas iniciativas foram além do ingresso na educação superior, pois também foram implementadas no âmbito do mercado de trabalho e nos contratos governamentais.

No Brasil, foram ajuizadas diversas ações para anular os efeitos das cotas raciais, sob a alegação de inconstitucionalidade.

Na verdade, há uma tensão de valores constitucionais igualmente relevantes, acredita-se que somente o critério da proporcionalidade poderá revelar as devidas extensões de cada princípio.

A criação destas cotas, para os alunos provindos do ensino público, não resolverá o problema da educação brasileira, muito pelo contrário, pois os alunos que ingressarão nestas faculdades públicas não possuem uma boa base educacional, não poderão acompanhar os demais alunos, os quais tiveram o preparo intelectual necessário.

Pelo sistema de cotas universitárias raciais, o Governo apenas dificultará futuras implementações de ações positivas realmente necessárias e valorativas, uma vez que, na verdade, tenta resolver um sério e grave problema brasileiro - a

²¹³MARTINS, José de Souza. Cota para negros na Universidade. Folha de S. Paulo, 25 maio 2003. *Folha Online*. Disponível em: <http://www.lpp-uerj.net/olped/boletim_ppcor/boletim_anteriores/noticias/Cotaparanegrosnauniversidade.doc>. Acesso em: 10 fev. 2007.

²¹⁴PENA FILHO, Sebastião José. Cota para negros nas universidades: uma abordagem unicamente jurídica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3039>>. Acesso em: 10 fev. 2007.

educação - com uma medida paliativa que só vem causando conflito e discussões, e que poderá prejudicar tanto os alunos que deveriam ingressar nas faculdades públicas por sua própria capacidade, quanto aqueles que ingressarem em decorrência do sistema de cotas.

De acordo com o Manifesto em favor da lei de cotas e do Estatuto da igualdade racial, a desigualdade racial no Brasil tem raízes históricas, o que não poderá ser modificado sem a aplicação de políticas públicas específicas.

A Constituição de 1891 declarou uma igualdade meramente formal, incentivando assim a reprodução do desequilíbrio dos afrodescendentes. Tal desequilíbrio foi agravado como a imigração européia para o Brasil, trazendo um povo mais abastado e preparado culturalmente, para competir com os brasileiros, que estavam em outra fase do processo civilizatório e cultural.

O agravamento deste cenário foi constatado no decorrer do século XX, quando dados constavam quatro gerações ininterruptas de negros e pardos fazendo parte dos índices de menor escolaridade, menores salários, menos acesso à saúde, menor índice de emprego, piores condições de moradia, quando contrastados com os brancos e asiáticos.²¹⁵

Os estudos desenvolvidos nos últimos anos demonstram que a ascensão social e econômica no país está diretamente relacionada ao acesso ao ensino superior.

Assim, em 20 de novembro de 1995, ocorreu a Marcha Zumbi dos Palmares pela Vida, da qual fizeram parte estudantes brancos e negros, coletivos de estudantes negros, cursinhos pré-vestibulares para afrodescendentes e pobres, além de movimentos negros da sociedade civil, estudantes e líderes indígenas, e de outros setores solidários, tais como; jornalistas, líderes religiosos e políticos.

Os resultados começaram a surgir, decorrentes de políticas públicas criadas em 1995, dentre as quais: a criação do Grupo de Trabalho Interministerial para a valorização da População Negra, as primeiras ações afirmativas no âmbito dos Ministérios, em 2001; a criação da Secretaria Especial para Promoção de Políticas

²¹⁵ MANIFESTO em favor da Lei de cotas e do Estatuto da Igualdade Racial. Articulação de Mulheres Brasileiras – uma articulação feminista anti-racista. Ano 12, n. 389, 11 jul. 2006. Disponível em: <<http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=389CID001>>. Acesso em: 12 jan. 2007.

da Igualdade Racial (SEPPIR), em 2003; a proposta dos atuais Projetos de Lei que estabelecem cotas para estudantes negros advindos da escola pública em todas as universidades federais brasileiras e o Estatuto da Igualdade Racial.²¹⁶

Sob o ponto de vista dos favoráveis à Lei de Cotas (PL 73/99), tal medida é uma resposta coerente e responsável do Estado brasileiro aos vários instrumentos jurídicos internacionais a que aderiu, como a Convenção da ONU para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (CERD), de 1969, e ao Plano de Ação de Durban, resultante da III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, ocorrida em Durban, na África do Sul.²¹⁷

A respeito do princípio da isonomia, mais precisamente da exigência de tratamento igualitário e a proibição de tratamento discriminatório, comenta Gilmar Ferreira Mendes:

A lesão ao princípio da isonomia oferece problemas sobretudo quando se tem a chamada 'exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade'. Tem-se uma 'exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade' se a norma afronta ao princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas. Essa exclusão pode verificar-se de forma concludente ou explícita. Ela é concludente se a lei concede benefícios apenas a determinado grupo; a exclusão de benefícios é explícita se a lei geral que outorga determinados benefícios a certo grupo exclui sua aplicação a outros segmentos. O postulado da igualdade pressupõe a existência de, pelo menos, duas situações que se encontram numa relação de comparação. Essa relatividade do postulado da isonomia leva, segundo Maurer, a uma inconstitucionalidade relativa não no sentido de uma inconstitucionalidade menos grave. É que inconstitucional não se afigura a norma 'A' ou 'B', mas a disciplina diferenciada das situações. Essa peculiaridade do princípio da isonomia causa embaraços, uma vez que a técnica convencional de superação da ofensa (cassação; declaração de nulidade) não parece adequada na hipótese, podendo inclusive suprimir o fundamento em que assenta a pretensão de eventual lesado.²¹⁸

Dessa forma, a questão do sistema de cotas proposto inicialmente por universidades do estado do Rio de Janeiro e aplicado pela UnB, pode ser visto como uma ação afirmativa perfeitamente constitucional, pois se propõe a tratar os

²¹⁶MANIFESTO em favor da Lei de cotas e do Estatuto da Igualdade Racial. Articulação de Mulheres Brasileiras – uma articulação feminista anti-racista, cit.

²¹⁷Id. Ibid.

²¹⁸MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem jurídica constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, n. 14, jul. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 12 mar. 2007.

desiguais uma vez que se desigualam, conferindo uma desigualdade formal com a finalidade de assegurar-se uma igualdade material.

O Plano de Ação de Durban reafirma a adoção de ações afirmativas como importante mecanismo na construção da igualdade racial, a exemplo do que já ocorreu em outros países com diversidade étnica semelhante ao que ocorre no Brasil (Índia, Malásia, Estados Unidos, África do Sul, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, Colômbia e México). Observando-se, ainda, que o Brasil conta com a segunda maior população negra do mundo.²¹⁹

5.3 Argumentos favoráveis e desfavoráveis ao sistema de cotas. Os critérios

A desigualdade existente entre negros e brancos nas universidades brasileiras, freqüentemente divulgada pelos institutos de pesquisas brasileiros, tem sido utilizada para pressionar o governo sobre a necessidade urgente de implementação de políticas públicas específicas (ação afirmativa) que promovam o acesso mais democrático à educação superior da população negra, levando em conta os mecanismos de discriminação presentes na sociedade brasileira.

Rosana Heringer, em excelente estudo levantou, de setembro de 2001 a junho de 2002, várias propostas de ação afirmativa no Brasil. Assim é que se pode verificar um resumo do levantamento²²⁰ da socióloga no quadro a seguir:

²¹⁹MANIFESTO em favor da Lei de cotas e do Estatuto da Igualdade Racial. Articulação de Mulheres Brasileiras – uma articulação feminista anti-racista, cit.

²²⁰HERINGER, Rosana. *Observatório da Cidadania*. Relatório, n. 6, 2002. p. 56-57.

Instituição Promotora	Projeto	Beneficiados/Critérios
Ministério do Desenvolvimento Agrário Supremo Tribunal Federal Ministério da Justiça	Adoção de cotas para negros, mulheres e portadores de necessidades especiais nas empresas prestadoras de serviço às referidas Instituições promotoras.	20% das vagas para negros, 20% para mulheres e 5% das vagas para portadores de necessidades especiais
Decreto presidencial n.º 4.228/02, institui o Programa Nacional de Ações Afirmativas.	O programa prevê a realização de metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência no preenchimento de cargos de comissão (DAS).	Metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência a serem definidas.
Plano Nacional de Direitos Humanos	Adotar no âmbito da União e estimular a adoção, pelos estados e municípios, de medidas de caráter compensatório que visem à eliminação da discriminação racial e à promoção da igualdade de oportunidades, tais como: ampliação do acesso dos afrodescendentes às universidades públicas, aos cargos e empregos públicos.	Participação de afrodescendentes de forma proporcional a sua representação no conjunto da sociedade brasileira.
Instituto Rio Branco	Criação de bolsas de estudo para afrodescendentes em cursos preparatórios para o Instituto Rio Branco, responsável pelo treinamento de diplomatas brasileiros; serão 20 bolsas anuais pagas em 10 parcelas de R\$ 1 mil.	20 alunos por ano; o candidato deve informar no ato da inscrição se é afrodescendente.
Ministério da Educação	Diversidade da Universidade, cursos pré-vestibulares para afro-brasileiros e carentes, com apoio do BID.	Afro-brasileiros e carentes.
Universidade do Rio de Janeiro	O governador sancionou a Lei 3.708/01 que determina a reserva de 40% das vagas nas universidades estaduais para "negros e pardos".	40% das vagas na UERJ e UENF para "negros e pardos"
UNEB - Universidade Estadual da Bahia	Vai destinar 40% das vagas de todos os cursos de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) para afrodescendentes	40% das vagas para afrodescendentes (pretos e pardos, segundo o IBGE)

Em princípio a política de cotas universitárias para estudantes afrodescendentes não acarreta grande volume de distribuição ou de realocação de recursos, considerando que está operando com recursos (vagas) existentes.

As resistências a sua implementação provêm, sobretudo, dos setores sociais médios afetados em seus privilégios, já que acarreta o aumento da competitividade entre este grupo de estudantes então beneficiados pela ausência de um critério mais supostamente democrático para a distribuição das vagas.

Assim, o tema é bastante polêmico, suscitando opiniões diversas.

5.3.1 Argumentos favoráveis

Os defensores da implementação de cotas para negros entendem que se trata de um mecanismo para a promoção da igualdade de oportunidades, assim como forma de combate às desigualdades raciais no ensino superior brasileiro.

As políticas sociais podem ser preventivas, redistributivas e compensatórias, sendo as Ações Afirmativas e as Cotas denominações das medidas que buscam garantir e promover os direitos de igualdade de oportunidades combinado ao reconhecimento de um tratamento desigual para os desiguais.

As cotas raciais já adotadas por alguns órgãos públicos federais não causaram qualquer resistência visível, como as cotas estudantis.

Segundo o Censo do IBGE, analisado pelo Observatório Afro Brasileiro,

de cada R\$ 4,00 produzidos no Brasil, quase R\$ 3,00 são recebidos por pessoas brancas, ou seja, de todo o rendimento, somando salário, aposentadoria, programas de renda mínima e aplicações financeiras, 74,1% ficam com os brancos. O homem branco, nessa análise, é o principal detentor da riqueza do país, recebendo 50% da renda. A mulher negra fica em pior situação, pois, detém 8,1% dos rendimentos. A mulher branca tem 24,1% dos rendimentos, em melhor situação que o homem negro, com 17,7% da renda total.²²¹

Destaca-se, ainda, que os negros têm menos acesso à propriedade, pois, conforme o Censo de 2000 – IBGE, os brancos representam 79,84% dos empregadores enquanto que os negros estão em condição desvantajosa, perfazendo 17,41% daquela categoria. Situação ainda mais grave é a dos indígenas que são apenas 0,18% dos empregadores.²²²

Na área de saúde, teremos as mesmas conclusões, pois os dados demonstram a incidência significativamente maior de percentuais negativos para mortalidade infantil, materna e longevidade.²²³ Veja-se que os dados de qualidade

²²¹Folha de São Paulo, 20/11/03 p. C.3 apud PRPPG - PRO REITORIA DE PESQUISA E PÓS GRADUAÇÃO. Plano de Metas para Inclusão Racial e Social na Universidade Federal do Paraná. *Universidade Federal do Paraná*. Disponível em: <<http://www.prppg.ufpr.br/documentos/stricto/ForumAlunosPG-Cotas.doc>>. Acesso em: 24 abr. 2007.

²²²Id. Ibid.

²²³BARBOSA, Maria Inês da Silva. É mulher, mas é negra: perfil da mortalidade do “quarto de despejo”. *Jornal da Rede Saúde*, 23. mar. 2001. p. 34 e MARTINS, Alaerte Leandro. Maior risco para mulheres negras no Brasil. *Jornal da Rede Saúde*, 23 mar. 2001. p. 37-40.

de vida, com referenciais de saúde, sempre são retirados de grupos economicamente similares, no entanto, a prevalência de índices inferiores para a população negra induz que, na pobreza há um interferente – o racismo – que modifica o próprio acesso às políticas públicas generalistas, quando existem ou dificultam o atendimento nas questões pontuais.²²⁴

Quanto aos dados educacionais, igualmente; quando se compara o desempenho escolar de negros e brancos, verificamos significativa incidência, a maior para a população branca, mesmo quando pertencente aos mesmos grupos de classe social. Essa desigualdade, em grande parte é debitada ao racismo nas relações educacionais, em que as escolas, material didático e professores apresentam o conhecimento e as interações sócio-histórico-econômicas pelo referencial padrão branco como o de excelência. Às crianças e adolescentes negros são sistematicamente ensinados que pertencem a um grupo humano inferior, menos apto para o estudo, para o trabalho e para ocupar posições e cargos de poder social.

Os estudos demonstram que os negros são excluídos da formação superior, anteriormente a qualquer investigação sobre suas capacidades intelectuais, vez que o processo seletivo tem se baseado em critérios de raça.

A justificativa para a proposição de reserva de vagas para a população negra funda-se no racismo estrutural histórico na sociedade brasileira, que permanece e se fortalece em seus próprios efeitos e que propicia a exclusão dessa população do ensino superior e, por conseguinte, das categorias profissionais, da ciência, da pesquisa, enfim, de todos os benefícios e poder sociais.

Na sociedade brasileira, o primeiro ponto a ser identificado é que a exclusão total da cidadania se dá, preponderantemente, por razões da ordem das relações raciais racistas.

A desigualdade histórica vivenciada por todo o grupo negro com bases enraizadas em um período de séculos de escravidão, se segue por 116 anos de ausência de políticas dirigidas para resistir à destruição e desumanização perpetradas no período, contra o grupo referido.

²²⁴OLIVEIRA, Fátima. *Saúde da população negra: Brasil, ano 2001*. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 2003.

Tal fenômeno produziu e reproduziu nefastos efeitos de segregação e discriminação ou privilégios, que se naturalizam com base nas características raciais dos indivíduos.

Se nenhuma política pública se justifica em um só motivo, o programa de Ação Afirmativa, pela Reserva de Vagas para ingresso nas universidades públicas traz, ao lado desse objetivo – reparação social – outros argumentos que se impõem, entre eles, com grande relevância no espaço universitário, a diversidade para criação e desenvolvimento da ciência e do conhecimento.

Duncan Kennedy²²⁵ afirma em seus estudos sobre Ação Afirmativa nas Escolas de Direito nos Estados Unidos da América que:

“Eu sou a favor de Ação Afirmativa baseada em raça, em larga escala, usando quotas se necessário para produzir os seus efeitos propostos. A primeira base para este ponto de vista é que os cargos dos Professores de Direito compreendem uma porção pequena mas significativa do aparato político dos Estados Unidos, e eu diria mais, que o conhecimento que essa categoria de professores de Direito produz é intrinsecamente político, na verdade, efetivo em nosso sistema político. É dizer que o conhecimento legal é ideológico. A segunda base para essa idéia é que nós deveríamos ser uma sociedade culturalmente pluralista que deliberadamente estruturasse suas instituições de forma que as comunidades e classes sociais dividissem o bem estar e o poder.” (grifos no original)

O entendimento doutrinário dominante afirma que quando na Constituição são utilizados comandos vedantes de discriminação por sexo, raça e cor, toma-se o termo discriminação no seu sentido mais usual, de uma forma negativa.²²⁶

No sentido técnico-jurídico, tais discriminações têm fulcro favorável aos grupos marginalizados, quando busca aproximar os grupos dominados aos grupos dominantes, no entanto quando são utilizados simplesmente para atribuir direitos ou encargos, são totalmente inconstitucionais, como leciona Sandro César Sell:

“A doutrina do *colour-blind*, a proibição de fazer distinções pela cor, seja em que sentido for, não goza o benefício de ser teoria dominante nem mesmo na sua terra natal, os EUA (...).”²²⁷

²²⁵KENNEDY, Duncan. *Sexy Dressing Etc. Essays on the Power and Politics of Cultural Identity*. Cambridge, MA/London, England 1993 p. 41. Trad. André Bertulio apud PRPPG - PRO REITORIA DE PESQUISA E PÓS GRADUAÇÃO. Plano de Metas para Inclusão Racial e Social na Universidade Federal do Paraná. *Universidade Federal do Paraná*. Disponível em: <<http://www.prppg.ufpr.br/documentos/stricto/ForumAlunosPG-Cotas.doc>>. Acesso em: 24 abr. 2007.

²²⁶SELL, Sandro César. *Ação afirmativa e democracia racial: uma introdução ao debate no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 53.

²²⁷Id. *Ibid.*, p. 54.

Dentre opiniões favoráveis à existência de cotas na universidade encontra-se o discurso de que, os inscritos no vestibular de acesso às universidades públicas têm igualdade de condições formais, no entanto, são consideradas abstratas, porque a seleção é realizada favorecendo os que tiveram melhores condições de preparação. As políticas afirmativas de cotas de acesso ao ensino público ou aos concursos públicos para afrodescendentes corrigem, parcialmente, mas corrigem, um obstáculo que só é invisível para os que secundarizam o racismo. É o que afirma Valério Arcacy:

As políticas afirmativas para os filhos dos trabalhadores, vítimas da exploração social, e para negros e indígenas, vítimas de uma opressão específica, são insuficientes, mas justas. Por quê as universidades devem se abrir para os trabalhadores é um tema que nem mereceria polêmica: porque o abismo social brasileiro é indecente. Mas por quê as cotas para negros e indígenas são justas? Porque, apesar das diferenças raciais serem biologicamente irrelevantes, política e culturalmente elas não podem ser ignoradas, seriamente, em um país marcado pela herança da escravidão negra. Os negros são, inquestionavelmente, a parcela mais explorada do proletariado. Não importa qual é a proporção dos negros sobre o conjunto da população. O que importa é que eles são os menos instruídos e os que realizam os trabalhos mais mal remunerados.

Ignorar a condição oprimida específica da população negra, em nome de um programa comum de todos os trabalhadores contra o capital, não vai construir a unidade da classe trabalhadora, mas a sua divisão. O racismo no Brasil não é uma invenção dos líderes dos movimentos negros. Se os socialistas não defenderem, conseqüentemente, um programa contra o racismo, agora e já, e não depois da conquista do poder, e derem as costas para suas reivindicações - entre elas as cotas - estarão afastando estes movimentos da luta unificada dos trabalhadores. A demissão dos socialistas da luta contra a opressão estará favorecendo o surgimento de um movimento negro sob influência de lideranças anti-socialistas.

As políticas de cotas são insuficientes, porque não podem mudar, substancialmente, a condição do negro sob o capitalismo. A igualdade social só será conquistada quando todos os que assim quiserem - sem seleção pelo mérito ou por sorteio - possam realizar seus estudos superiores, e existam vagas suficientes em universidades com ensino de qualidade equivalente, ou seja, no socialismo. A juventude negra só terá um futuro melhor se unir sua luta com toda a juventude trabalhadora. A libertação dos negros só será possível com a libertação do povo brasileiro.²²⁸

Santana destaca que:

O governo Federal, durante a realização da conferência Mundial Contra o Racismo, lançou, açodadamente, a proposta de cotas para negros na universidade, o que caiu como uma bomba no seio da sociedade. Aliás, uma sociedade que não foi preparada para lidar com a questão,

²²⁸ARCARY, Valério. Equidade e igualitarismo: por quê os socialistas defendem as cotas? *Laboratório de Políticas Públicas*. Disponível em: <http://www.lpp-uerj.net/olped/AcoesAfirmativas/exibir_opinioao.asp?codnoticias=17481>. Acesso em: 10 mar. 2007.

principalmente quando esta aparece descolada de um contexto de outras medidas necessárias para garantir a credibilidade e as possibilidades de sucesso da cota.²²⁹

5.3.2 Argumentos desfavoráveis

Dentre os argumentos desfavoráveis, aponta-se que o sistema de cotas contraria a crença nacional de um país que não faz distinção de raças. Não há limites rígidos entre as raças do ponto de vista biológico. Medidas universalistas, como políticas públicas aos mais pobres, ajudariam os negros, sem depender de temerárias separações de cor. Com uma legislação penal forte contra o racismo, o problema racial brasileiro poderia diminuir. Os negros que conseguissem sucesso seriam vistos como “auxiliados”, como se não pudessem vencer por si mesmos. Além disso, penaliza os brancos criando outra situação de racismo.

A associação existente entre ação afirmativa e cotas tornou esta política impopular, mas não reflete a realidade. As cotas foram criadas para “corrigir situações de permanente e recorrente segregação, em que outros esforços se provaram ineficazes na superação de padrões de discriminação”.²³⁰

De acordo com Carlos da Fonseca Brandão:

(...) o sistema de cotas ajuda a constituição, expansão e/ou fortalecimento de uma classe média de afrodescendentes, pela via do acesso à universidade pública, marginalizando, em contrapartida, todo o contingente de pobres, sejam eles brancos, negros ou pardos, ou seja, se existe um direito à educação universitária, esse direito deveria ser de todas as pessoas desfavorecidas socialmente e não apenas dos afrodescendentes. Assim, o sistema de cotas para afrodescendentes é tão excludente quanto o vestibular tradicional, modificando apenas parte do perfil dos excluídos, com o agravante de também ser paternalista, no sentido de que protege, por meio de regras especiais – no caso, a reserva de vagas –, um grupo étnico-racial específico.²³¹

²²⁹SANTANA, Olívia. *Ações afirmativas: limites e possibilidades*. Salvador: UFBA. FAGED. Disponível em: <http://www.faced.ufba.br/destaques/olivia_santana/olivia_santana_acoes_afirmativas.htm>. Acesso em: 29 abr 2007.

²³⁰GLASSER, Ira. *Defending Affirmative Action in a Hostile Political*, 1996 *apud* MADRUGA, Sidney. *op. cit.*, p. 227.

²³¹BRANDÃO, Carlos da Fonseca. *As cotas na universidade pública brasileira: será esse o caminho?* Campinas: Autores Associados, 2005. p. 90.

Segundo Sidney Madruga, criticam-se as cotas, sob a justificativa de que não se deve copiar o modelo norte-americano, por se tratar de realidade diferenciada da existente em nosso país:

(...) num país de forte miscigenação, não há como se distinguir brancos e negros; em outras palavras, não se pode definir quem é negro no Brasil, o que poderia gerar fraudes, por parte do alunato branco, e dificultar a averiguação, em relação ao alunato negro, no momento de preenchimento das vagas definidas mediante o sistema de cotas. Por outro lado, haveria uma degradação do nível de ensino nas universidades públicas, uma vez constatado o desnível escolar entre os cotistas.²³²

Não é o caso de aplicar experiências de outros países, mas adaptá-las ao contexto nacional.

Na Universidade de São Paulo – USP, as estatísticas demonstram que a desigualdade racial permeia o ensino superior brasileiro.

Em 2001, dentre os alunos egressos do exame vestibular – numa amostra aleatória de 1.957 estudantes, no total de 38.930 matriculados no primeiro semestre – 76,9% declararam-se brancos, 7,0% pardos e 1,2% pretos²³³, neste universo, pretos e pardos somam 26,8%, demonstrando como os afrodescendentes estão ali sub-representados. O mesmo ocorre no corpo docente das universidades brasileiras. “Na UnB, (...) ela gira em torno de 1%. Entre 1.400 professores apenas 14 são negros”.²³⁴

De acordo com Luiz Fernando Martins da Silva, a discriminação racial na área da educação faz com que o desenvolvimento educacional e a especialização dos afrodescendentes sejam prejudicados, pois gera “dificuldade de sucesso na escola e ao acesso às posições melhor remuneradas do mercado de trabalho, gerando um círculo vicioso de pobreza, insucesso escolar e marginalização social”.²³⁵

Fazendo um posicionamento sobre o que ocorre no Brasil, Ali Kamel, informa que:

Em 1991, 74% das crianças negras estavam nas escolas, contra 86% das brancas; hoje, 100% delas estão na escola, passo fundamental para que tenham chance de entrar na universidade. Em vez de radicalizar esse

²³²MADRUGA, Sidney, op. cit., p. 229.

²³³GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Censo Étnico-Racial da USP – Primeiros Resultados, *apud* MADRUGA, Sidney, op. cit., p. 237.

²³⁴MADRUGA, Sidney, op. cit., p. 238.

²³⁵Apud Id., loc. cit.

processo, aumentando a qualidade do ensino básico, e assim dar chances iguais para que negros e brancos entrem na universidade, o Brasil entupiu o Congresso de projetos propondo a adoção de cotas que apenas acrescentarão mais um estigma ao negro brasileiro como aconteceu nos EUA: o de ingressar na universidade sem mérito.²³⁶

Na opinião de João Paulo de Faria Santos:

Tais cotas não recaem num necessário escrutínio dos objetivos da ação afirmativa específica em uma comunidade específica, ignoram a índole compensatória e não possuem um reflexo próximo da exatidão dos índices estatísticos da discriminação racial.²³⁷

Segundo Sidney Madruga, deve-se verificar qual a política de igualdade racial é discutida no Brasil. Os principais argumentos sobre a democratização do ingresso à educação superior no país baseiam-se na defesa de dois tipos de políticas públicas. Para ele:

A política universalista, de perspectiva socioeconômica mais ampla e que não leva a debate qualquer tipo de distinção racial, de gênero, etc., sendo, por isso, menos censurada e de maior aceitabilidade; e, por sua vez, a política diferencialista (particularista) centrada na política de cotas, portanto, estabelecidas segundo critérios de raça e condição econômica, que desencadeia maiores críticas e não dispõe da mesma aceitação.²³⁸

É apontada a necessidade de investimento para a melhoria de qualidade do ensino fundamental e médio, além do aumento do número de vagas nas universidades, possibilitando, assim, uma maior igualdade de oportunidades, visto que é conhecida a baixa qualidade de ensino no país. Além disso, o combate às desigualdades deve focar medidas voltadas ao crescimento econômico e à desconcentração de renda.²³⁹

Para Thomas Sowel, deve-se investigar a experiência das políticas afirmativas em países que a implantaram e já a aboliram, devido a constatação de resultados negativos. O autor cita que nos Estados Unidos, em 1995, o conselho universitário da University of California extinguiu o sistema de preferências raciais e cotas para admissão no ensino superior, sendo que em 1996 tal decisão foi adotada por todo o estado da Califórnia, mediante referendo realizado em todo o estado

²³⁶KAMEL, Ali. op. cit., p. 93.

²³⁷SANTOS, João Paulo de Faria. op. cit., p. 83.

²³⁸MADRUGA, Sidney, op. cit., p. 238.

²³⁹Id. Ibid., p. 239.

reafirmando a decisão. O mesmo ocorreu na University of Texas, onde a corte de apelação também extinguiu as admissões preferenciais.²⁴⁰

O Presidente Bill Clinton rebateu tal decisão, sob a justificativa de que a extinção na Califórnia iria “ressegregar” as universidades. No mesmo sentido, se pronunciou Jesse Jackson, acrescentando que tal decisão iria reduzir as oportunidades, chamando a extinção da ação afirmativa de “limpeza étnica”, idéia que foi compartilhada por muitos outros.²⁴¹

Relata Thomas Sowel que, após tal decisão, as matrículas de novos estudantes negros no principal *campus* da University of California e também em Los Angeles (UCLA) decaíram substancialmente, muito embora não tenha sido constatada redução no número total de primeiranistas negros matriculados no sistema da University of California.

Thomas Sowel apresenta os seguintes números referentes ao sistema geral da UC, após a extinção das políticas afirmativas raciais nas universidades:

A matrícula de negros calouros declinou de 917, em 1997, para 739 no ano seguinte, mas subiu de novo para 832, em 2000 – queda de 9% no período – para depois alcançar 936, em 2002. Enquanto houve, no cômputo geral do sistema UC, um declínio apenas temporário e relativamente modesto, no campus de Berkeley, o principal, a queda foi muito mais acentuada, de 222, em 1996, para 122, em 1999, e a recuperação foi apenas para 142, em 2002.

Na UCLA, o declínio de 230 primeiranistas negros, em 1996, da mesma forma, jamais foi recuperado e, em 2002, havia apenas 161 deles no campus. Não obstante, em outros campi do sistema UC – Santa Bárbara, Riverside, Irvine, Santa Cruz – houve aumento no número de calouros negros.²⁴²

De acordo com Thomas Sowel, houve uma redistribuição dos estudantes dentro do sistema da University of California, realizada por si mesmos, não havendo queda do número total entre 1996 e 2002. Efeito similar observou-se “no sistema da California State University, onde existiam mais calouros negros matriculados em 2002 do que em 1996, ano do fim da ação afirmativa”.²⁴³

Tais números não confirmaram os temores de “ressegregação” do ensino superior, pois o que ocorreu foi a já citada redistribuição. Outro dado apresentado se

²⁴⁰SOWEL, Thomas. op. cit., p. 160.

²⁴¹Id., loc. cit.

²⁴²Id., loc. cit.

²⁴³Id. Ibid., p. 160-161.

refere à University of Texas, onde o número de estudantes negros cresceu de 5.250 para 5.657, representando um aumento de 4,6% para 4,8%.²⁴⁴

O grande problema desses relatórios, segundo Thomas Sowel, se refere a ater-se aos alunos matriculados, mas não aos que se formam. Parece não haver interesse em se apresentar tais números. Os proponentes da ação afirmativa procuram evitar a discussão, pois dados comparativos entre o grupo étnico asiático-americano freqüentemente contradizem as afirmações daqueles que defendem as preferências e cotas.²⁴⁵ E exemplifica:

(...) a diferença entre negros e brancos nos graus de testes quase sempre é atribuída a um viés cultural nos testes, favorecendo os estudantes brancos de classe média. Entretanto, uma porcentagem mais elevada de estudantes asiático-americanos que de brancos consegue notas acima de 700 no SAT de matemática.

A despeito de uma ênfase na renda mais baixa das famílias dos estudantes negros como justificativa para seus graus mais baixos, os estudantes asiático-americanos provindos de famílias de baixa renda tiram notas mais altas no SAT de matemática que os negros de famílias abastadas.²⁴⁶

O problema destes testes é que subestimam o desempenho futuro dos negros. Por outro lado, mesmo não aceitos para estudantes negros, são aceitos para os estudantes asiático-americanos, superando os brancos de semelhante QI em instituições acadêmicas e, mais tarde, no desenvolvimento profissional.

A alegação não comprovada de que os negros se sairão melhor do que indicam suas notas e que, dessa forma, devem ser admitidos em faculdades e universidades apresentando menores graus que os brancos, não leva em consideração o fato de que os asiático-americanos têm desempenho melhor que os brancos com as mesmas notas e, assim, poderiam reivindicar cotas maiores.²⁴⁷

A situação experimentada nos Estados Unidos se evidencia pelo ressentimento dos brancos em relação aos negros, pelo fato de os afrodescendentes preencherem as vagas que normalmente iriam para eles. De fato, os asiático-americanos tiram mais vagas que os negros em algumas universidades e faculdades de elite, particularmente nos cursos de engenharia. Mesmo assim, não

²⁴⁴SOWEL, Thomas. op. cit., p. 161.

²⁴⁵Id. Ibid., p. 162.

²⁴⁶Id., loc. cit.

²⁴⁷Id., loc. cit.

há tanta resistência contra os asiáticos-americanos que iniciam o ensino superior sem a vantagem de grupos preferenciais e cotas, como resume Thomas Sowel:

Isto parece indicar que o ressentimento não é em relação aos lugares, mas ao processo. Mais uma vez, entretanto, não se trata de um conjunto de provas contra outro, mas de um conjunto de crenças que se tornaram predominantes sem que provas fossem pedidas ou dadas.²⁴⁸

E prossegue:

(...) as políticas de ação afirmativa não requerem que o indivíduo beneficiário nem o grupo de onde tal indivíduo provém demonstrem qualquer prejuízo específico resultante de discriminação anterior.

Desta forma, imigrantes recentes da Ásia e da América Latina têm direito aos benefícios da ação afirmativa embora, obviamente, não tenha havido discriminação passada contra as pessoas ou seus antepassados neste país, simplesmente porque eles aqui não viviam. Além do mais, mesmo entre os negros, os benefícios da ação afirmativa para os milionários são mais demonstráveis que os para os negros realmente pobres. Os arrazoados produzem apoio político, mas as políticas produzem resultados bastante afastados da razão alegada.²⁴⁹

De maneira geral, nos Estados Unidos, as ações afirmativas estavam mais relacionadas a fatores políticos, tendo em vista assegurar o voto da população negra, fazendo-as acreditar que sua prosperidade somente poderia estar assegurada por meio de ações afirmativas e outras medidas governamentais. No entanto, grande parte dos negros ascendeu dos níveis de pobreza pelo próprio esforço.

A respeito, salienta Thomas Sowel:

A desonestidade transparente com a qual foram instituídas e mantidas as preferências e cotas – uma desonestidade que chegou à corte mais elevada do país, como o caso Weber, entre outros, demonstra – tem produzido cinismo e amargura. Como outro insulto somado à injúria, ares de superioridade moral da parte dos que perpetraram o engodo concorrem para o irritante sentimento de prejuízo experimentado pelos integrantes dos grupos não-preferenciais.²⁵⁰

Para Sowel, tais ações realizaram muito pouco em favor das pessoas realmente pobres, o que denota uma triste ironia. O fato é que há grandes taxas de

²⁴⁸SOWEL, Thomas. op. cit., p. 163.

²⁴⁹Id., loc. cit.

²⁵⁰Id. Ibid., p. 165.

reprovação dos negros em exames de habilitação para o exercício da medicina e advocacia, o que denota que:

A própria possibilidade de que as políticas preferenciais possam estar colocando algumas pessoas em situações em que são reduzidas as suas chances de sucesso é afastada arbitrariamente do domínio das possibilidades. A ação afirmativa continua sendo julgada pelos arrazoados, não pelos resultados.²⁵¹

Em geral, a história da política de ação afirmativa ao redor do mundo resultou em benefícios pequenos para uma minoria e enormes problemas para a maior parte da sociedade, gerando desigualdades sociais bem maiores do que aquelas que pretensas políticas buscam remediar. O que ocorre é que os defensores dessas políticas superestimam esses benefícios.²⁵²

De acordo com Thomas Sowel: “A taxa de pobreza dos negros caíra pela metade antes da existência da ação afirmativa e, depois dela, pouca coisa mudou”.²⁵³

Sobre a questão moral de ações afirmativas raciais salienta Thomas Sowel:

Tem havido também uma dimensão moral nessas ilusões – a saber, a hipótese de que hoje podemos ressarcir os indivíduos pelo que foi feito a grupos no passado, que podemos consertar, atualmente, males causados a pessoas mortas há muito tempo. Por terrível que possa ser o reconhecimento disto, todo mal perpetrado em gerações passadas e há séculos permanecerá sendo um mal indelével e irrevogável, o que quer que possamos agora fazer. Atos de expiação simbólica entre vivos apenas criam novos males.²⁵⁴

Exemplificando Thomas Sowel diz que no Paquistão as cotas de ajuda ao povo das regiões menos desenvolvidas acabaram privilegiando aqueles que menos necessitavam:

(...) aqueles que terminam prejudicados pela expiação simbólica possivelmente são os de posição menos vantajosa no segmento da população não-preterida, mesmo que tal segmento, no todo, seja mais afortunado que o grupo que recebe as preferências.²⁵⁵

²⁵¹SOWEL, Thomas. op. cit., p. 165.

²⁵²Id. Ibid., p. 166-167.

²⁵³Id. Ibid., p. 166.

²⁵⁴Id. Ibid., p. 167.

²⁵⁵Id. Ibid., p. 168.

Em sentido semelhante, se pronuncia Ali Kamel, o qual afirma que o problema brasileiro é a pobreza e não o racismo. A péssima administração dos recursos públicos não permite atender às reais necessidades da população. Aqui no Brasil, a pobreza é confundida com situação de fome, mas nem sempre as duas coisas andam juntas. Certamente a grande maioria da população vive em situação de pobreza, mas não exatamente passando fome. As medidas que vêm se apresentando não passam de estratégias eleitorais.²⁵⁶ E afirma:

Insistir em gastar mais R\$ 9 bilhões ao ano, todos os anos, com o Bolsa Família, é mais do que apenas um desperdício, é um erro. Gaste-se o necessário, e o restante poderia ser gasto com educação, investimento que ajudaria a tirar milhões da pobreza, esta sim a grande chaga nacional.²⁵⁷

Faltam políticas que promovam a educação de forma geral, possibilitando que os pobres, independente da etnia, possam sair de tal situação por méritos próprios. Isso, em nossa opinião, é promoção de direitos humanos fundamentais e construção de uma sociedade solidária, formadora de cidadãos dignos.

Conforme Ali Kamel, criticando as políticas assistencialistas, o Brasil tem necessidades mais urgentes do que investir em bolsa família. Já se constatou, por meio de pesquisas governamentais, como as do IBGE, que o problema aqui não é a fome, mas sim a pobreza:

(...) o Brasil tem necessidades mais urgentes. Investir em educação é uma delas, porque somente ela é capaz de emancipar uma pessoa. A outra é investir na infra-estrutura do país de modo a superar os gargalos que impedem o nosso desenvolvimento.

(...) Os países que enfrentaram o problema da pobreza com maior êxito nos últimos anos – Irlanda, Espanha, Coreia (...) – viram na educação o caminho mais curto para a superação da pobreza. Investiram muitos recursos, qualificando o seu povo que, assim, pôde disputar postos de trabalho com salários mais altos.²⁵⁸

Mesmo nos países onde foram adotadas medidas contra a pobreza, não houve erradicação, pois “uma camada da pobreza continuou pobre”.²⁵⁹ Para essa parcela da população devem ser destinados programas sociais, de forma a conscientizá-la e incentivá-la a sair da acomodação, pois, conforme Ricardo Paes de Barros, do IPEA:

²⁵⁶KAMEL, Ali. op. cit., p. 105.

²⁵⁷Id. Ibid., p. 111.

²⁵⁸Id. Ibid., p. 127.

²⁵⁹Id. Ibid., p. 128.

há casos em que, mesmo com uma boa escola ao lado de casa, mesmo com um bom posto de saúde na vizinhança, mesmo com bons postos de trabalho, certas pessoas, sozinhas, não saem da pobreza. Os programas sociais devem tê-las como público-alvo. Mas elas serão sempre a minoria.²⁶⁰

Quanto ao sistema de cotas, afirma que:

Somos uma nação dividida entre ricos e pobres, e com um abismo entre eles. E, como os negros e os pardos são a maioria entre os pobres, a saída mais fácil é atribuir a desigualdade ao racismo de brancos, ignorando que, entre os pobres, há 19 milhões de almas brancas. Passa-se então a lutar por políticas de preferência racial que promovam a emancipação de parte da pobreza, sem que os defensores dessas idéias percebam a monstruosidade que há nelas. Em vez de defender investimentos que visem à superação de toda a pobreza – a educação em primeiro lugar -, passa-se a defender políticas que visam a emancipar apenas os negros.²⁶¹

Todo dinheiro que não é utilizado na educação acaba sendo um estímulo para que os pobres permaneçam nessa situação, sejam eles brancos, negros, pardos ou de qualquer outra cor.²⁶²

Além do apresentado, no Brasil, o sistema de cotas é entendido como contrário ao princípio de igualdade previsto constitucionalmente. Essa posição é sustentada até por aqueles que reconhecem a sociedade brasileira incapaz de colocar em prática o princípio constitucional da igualdade. Nem o reconhecimento da existência do racismo é suficiente para o apoio a políticas como as ações afirmativas, permanecendo as controvérsias sobre o que fazer. Mesmo havendo o reconhecimento como primeira condição para pensar em políticas que combatam o racismo, outras posições referentes à noção de igualdade, justiça e mérito interferem ou não nas ações afirmativas.

No final do século XX, surge nova reivindicação em defesa da igualdade do direito à diferença, de ordem cultural, como o “direito que todos igualmente têm de preservar sua identidade, bem como exigir tratamento específico em atendimento a necessidades singulares desta identidade”.²⁶³

²⁶⁰KAMEL, Ali. op. cit., p. 128.

²⁶¹Id. Ibid., p. 142.

²⁶²Id. Ibid., p. 138 e 143.

²⁶³BENEVIDES, M.V. Democracia de iguais, mas diferentes. In: BORBA, A.; FARIA, N.; GODINHO, T. (Org.). *Mulher e política: gênero e feminismo no Partido dos Trabalhadores*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1998. p. 141.

A defesa desse direito à diversidade cultural baseia-se na idéia de reconhecimento da identidade em dois planos, o individual e o grupal. De acordo com Charles Taylor, a tese dos grupos que defendem tal direito é baseada no fato de que:

(...) nossa identidade se molda, em parte, pelo reconhecimento ou por sua ausência e, freqüentemente, pelo falso reconhecimento dos outros, de tal forma que uma pessoa ou grupo de pessoas pode sofrer verdadeiro prejuízo, uma autêntica deformação, se as pessoas ou a sociedade que as rodeia lhes reflete um quadro de limitação, inferiorização ou desprezo de si mesmas. O não reconhecimento ou o falso reconhecimento pode ocasionar um dano, pode ser uma forma de opressão, aprisionando alguém num falso, distorcido e degradante modo de ser.²⁶⁴

Tal afirmação se refere ao fato de que uma imagem depreciativa de si mesmo pode levar a uma internalização da própria inferioridade, criando com essa autodepreciação um instrumento poderoso de dominação e opressão.

A reivindicação dessa igualdade, como anteriormente abordado, trouxe diversos conflitos, opondo o direito à diversidade cultural aos valores universais fundantes do direito moderno, uma oposição entre direitos individuais e direitos coletivos, levando a ser questionada por Taylor a imparcialidade da igualdade presente no liberalismo procedimental de John Rawls e Ronald Dworkin, por exemplo, por não estabelecer uma visão particular e substantiva sobre os fins da vida, entendendo que estes devem ser determinados individualmente.

Desta forma, o sistema de cotas estaria associado a uma igualdade de resultados, oposta à idéia de igualdade de oportunidades. No entanto, nem todas as políticas de ações afirmativas utilizam as cotas e mesmo estas podem ser mais ou menos fixas e, portanto, implicando ou não num resultado previamente definido. As cotas também podem ser usadas em combinação com avaliações de mérito individual e justificadas, se estabelecido um limite temporal para sua duração, com o objetivo de restabelecer uma igualdade nos pontos de partida, rompida por determinadas circunstâncias reconhecidas socialmente.²⁶⁵

²⁶⁴TAYLOR, Charles, *The Politics of Recognition*. In: TAYLOR, c. et al. *Multiculturalism: examining the politics of recognition*. Princeton: Princeton University Press, 1994, p. 25 apud MOEHLECKE, Sabrina, op. cit., p. 29.

²⁶⁵LIPSET, S.M. *Two value systems: Black and white*. In: A. Sorensen and S. Spilerman (eds). *Social Theory and Social Policy: Essays in Honor of James S. Coleas*. Westport. CT: Praeger, 1993 apud MOEHLECKE, Sabrina, op. cit., p. 30.

Também podem ser utilizadas numa ação compensatória, estabelecida de acordo com as condições sociais dos envolvidos. O sistema de cotas, definido genericamente por Lipset, teria possibilidade, em algumas das suas formas e combinações, de ser incorporado dentro da definição de igualdade de oportunidade desenvolvida.²⁶⁶

Em parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o Projeto de Lei nº 13, de 1995, apresentado pela Senadora Benedita da Silva, que “dispõe sobre a instituição de cota mínima de 20% das vagas das instituições públicas de ensino superior para alunos carentes”, concluiu-se pela sua inconstitucionalidade e inadequação aos preceitos constitucionais.

A iniciativa do Projeto de oferecer melhores condições para o acesso de alunos carentes ao ensino universitário foi considerada meritória, todavia, entendeu-se que ela feriria as normas constitucionais, como o art. 5º. De acordo com o relatório, o princípio da igualdade, enquanto igualdade perante a lei, que significa dizer “que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta distinções”, sempre esteve presente nas Constituições do país e a Constituição de 88 manteria essa tradição. Dessa forma, afirma que a Constituição atual em *nada* alterou o princípio da igualdade e sustenta a inconstitucionalidade desse Projeto de ações afirmativas segundo a interpretação feita por Pontes de Miranda sobre o princípio “todos são iguais perante a lei”, definido na Constituição de 1946.

As posições jurídicas que sustentam a constitucionalidade das ações afirmativas no Brasil adotam uma perspectiva diversa, principalmente porque identificam mudanças significativas envolvendo normas de igualdade segundo a Constituição de 1988.

Segundo Sérgio Martins,

(...) a “Constituição de 1988 inaugurou na tradição constitucional brasileira o reconhecimento da condição de *desigualdade material* vivida por alguns setores e propõe medidas de proteção, que implicam a presença positiva do Estado.

(...) para além da igualdade formal, a Magna Carta estabeleceu no seu texto a possibilidade do tratamento desigual para pessoas ou segmentos

²⁶⁶MOEHLECK, Sabrina. op. cit., p. 30.

historicamente prejudicados nos exercícios de seus direitos fundamentais.²⁶⁷

Para Marcelo Neves²⁶⁸, tal argumento serviria apenas aos não favoráveis às ações afirmativas, que poderiam alegar que os casos de discriminação positiva constitucionais já estariam expressos na Constituição, excluindo a possibilidade de criação de novas situações.

Entretanto, se admitirmos que o princípio de diferenciação de certos grupos já está contemplado constitucionalmente, a dificuldade seria justificar a validade do mesmo tratamento a ser aplicado à população negra.

5.3.3 Decisões judiciais pela constitucionalidade e inconstitucionalidade

Expressiva parcela da doutrina brasileira especializada no assunto se inclina pela tese de constitucionalidade da adoção de ação afirmativa ou de seus mecanismos no Brasil.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim B. Barbosa GOMES, enfrentando essa questão, e posicionando-se a favor da constitucionalidade das ações afirmativas em nosso país, afirma que:

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 constitucional.

(...)

Assim, à luz desta respeitável doutrina, pode-se concluir que o Direito Constitucional brasileiro abriga, não somente o princípio e as modalidades implícitas e explícitas de ação afirmativa a que já fizemos alusão, mas também as que emanam dos tratados internacionais de direitos humanos assinados pelo nosso país.²⁶⁹

²⁶⁷MARTINS, Sérgio. Ação afirmativa e desigualdade racial no Brasil. *Estudos Feministas*, IFCS/UFRJ-PPCIS/Uerj, v. 4, n. 1, p. 206, 1996.

²⁶⁸NEVES, Marcelo. Estado democrático de direito e discriminação positiva: um desafio para o Brasil. In: MAIO, Marcos C. SANTOS, Ricardo V. (Orgs.). *Democracia e sociedade*. Rio de Janeiro: Fiocruz; Centro Cultural Banco do Brasil, 1996. p. 260.

²⁶⁹GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. *Mundo Jurídico*, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 01 maio 2007.

O Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou definitivamente sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade dos programas de ação afirmativa instituídos até o momento em nosso país, porquanto as diversas ações ajuizadas nos tribunais que têm competência para exercer o controle direto de inconstitucionalidade (o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça) não foram julgadas no mérito²⁷⁰.

Apesar disso, já foram proferidas sentenças por juízos de primeira instância, em sede de controle²⁷¹ difuso de constitucionalidade, que julgando o mérito dos pedidos formulados nos processos concluíram pela constitucionalidade das leis que instituíram cotas em favor de afrodescendentes em estabelecimentos públicos de educação superior.

Segundo MADRUGA²⁷², apesar de terem surgido várias medidas judiciais desfavoráveis em primeira instância, o sistema de cotas da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) tem encontrado abrigo no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Cita o autor, como exemplo, o caso de uma candidata que havia optado por uma das vagas do exame vestibular UERJ/2003 e que se achou prejudicada, pelo que pleiteou em autos de Mandado de Segurança, impetrado perante à 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, que sua matrícula fosse efetivada. A síntese de sua argumentação baseava-se na inconstitucionalidade do sistema de cotas e na falta de critérios objetivos a respeito de quais candidatos seriam beneficiados. A pretensão da candidata foi denegada em primeiro grau, ensejando recurso ao TJRJ, que decidiu por unanimidade de sua Décima Primeira Câmara Cível, nos autos da Apelação Cível nº 2003, 001.27.194.²⁷³

²⁷⁰As ações judiciais foram movidas contra as leis estaduais n. 3.524/2000, 3.708/2001, 4.061/2003 e 4.151/2003. As ações ajuizadas contra as três primeiras leis foram arquivadas pelo STF e o TJRJ, por perda de objeto, haja vista a edição de nova lei. A ação movida contra a última lei (4.151/2003), em curso no TJRJ, aguarda julgamento final. *Apud* SILVA, Luiz Fernando Martins da. op. cit.

²⁷¹FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Anotações sobre o controle de constitucionalidade no Brasil e a proteção dos direitos fundamentais. *Revista de Mestrado em Direito da UNIFIEO*, Osasco, ano 4, n. 4, p. 21-45, 2004. Neste texto, especificamente entre as folhas 25-27 a mentora jurídica tece a seguinte consideração sobre o controle difuso de constitucionalidade: “Por conseguinte, o modelo difuso de controle de constitucionalidade nasceu como instrumento de defesa e garantia de direitos subjetivos, próprio das partes em uma relação processual. Por intermédio desse modelo, as partes, em qualquer ação e perante qualquer juiz ou tribunal, podem postular a defesa de um direito ou a exceção de cumprimento de uma obrigação sob alegação de que um outro está sendo violado ou exigido por ato eivado do vício de inconstitucionalidade.”

²⁷²MADRUGA, Sidney. op. cit., p.254-258.

²⁷³APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. DENEGAÇÃO DO WRIT. SISTEMA DE COTA MÍNIMA PARA POPULAÇÃO NEGRA E PARDA E PARA ESTUDANTES ORIUNDOS DA

Já a Justiça Federal de Primeira Instância – Seção Judiciária de Sergipe, 1ª Vara Federal - deferiu mandado de segurança impetrado por Maria Izaura Araújo, que alegou ilegitimidade do FIES – Programa de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior para exigir comprovação da cor de pele negra para prosseguir no processo de habilitação e concorrência ao financiamento de seus estudos de nível superior.

Para o Juiz Federal Ricardo César Mandarino Barreto,

A idéia de inexistência de raça foi absorvida pela nossa Corte Maior de Justiça, o Supremo Tribunal Federal que, no HC 82424/RS, em que foi

REDE PÚBLICA ESTADUAL DE ENSINO. LEIS ESTADUAIS 3524/00 e 3708/01. EXEGESE DO TEXTO CONSTITUCIONAL. Ação afirmativa é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é na letra da lei fundamental assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais. Cidadania não combina com desigualdades. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação. Nesse cenário sócio-político e econômico, não seria verdadeiramente democrática a leitura superficial e preconceituosa da Constituição, nem seria verdadeiramente cidadão o leitor que não lhe buscasse a alma, apregoando o discurso fácil dos igualados superiormente em nossa história pelas mãos calejadas dos discriminados. É preciso ter sempre presentes essas palavras. A correção das desigualdades é possível. Por isso fazemos o que está a nosso alcance, o que está previsto na Constituição Federal, porque, na vida, não há espaço para o arrependimento, para a acomodação, para o misoneísmo, que é a aversão, sem se querer perceber a origem, a tudo que é novo. Mas mãos à obra, a partir da confiança na índole dos brasileiros e nas instituições pátrias. O preceito constante do art. 5º, da CF/88 não difere dos contidos nos incisos I, III e IV, do art. 206, da mesma Carta. Pensar-se o inverso é prender-se a uma exegese cega, meramente formal, ou seja, a uma exegese de igualização dita estática, negativa, na contramão com a eficaz dinâmica, apontada pelo Constituinte de 1988, ao traçar os objetivos fundamentais da República Brasileira. É bom que se diga que se 45% dos 170 milhões da população brasileira é composta de negros (5% de pretos e 40% de pardos); que se 22 milhões de habitantes do Brasil vivem abaixo da linha apontada como de pobreza e desses 70% são negros, a conclusão que decorre é de que, na realidade, o legislador estadual levou em conta, quando da fixação de cotas, o número de negros e pardos excluídos das universidades e a condição social da parcela da sociedade que vive na pobreza, como posto pela Procuradoria do Estado, em sua manifestação. O único modo de deter e começar a reverter o processo crônico de desvantagem dos negros no Brasil é privilegiá-la conscientemente, sobretudo naqueles espaços em que essa ação compensatória tenha maior poder de multiplicação. Eis porque a implementação de um sistema de cotas se torna inevitável. Na medida em que não poderemos reverter inteiramente essa questão a curto prazo, podemos pelo menos dar o primeiro passo, qual seja, incluir negros na reduzida elite pensante do país. O descortinamento de tal quadro de responsabilidade social, de postura afirmativa de caráter nitidamente emergencial, na busca de uma igualdade escolar entre brancos e negros, esses parcela significativa de elementos abaixo da linha considerada como de pobreza, não permite que se vislumbre qualquer eiva de inconstitucionalidade nas leis 3.524/00 e 3.708/01, inclusive no campo do princípio da proporcionalidade, já que traduzem tão-somente o cumprimento de objetivos fundamentais da República. Ainda que assim não fosse interpretada a questão exposta nos presentes autos, verifica-se da documentação instrutória do recurso que para o Curso de Letras a Apelada ofereceu 326 vagas distribuídas entre os dois vestibulares (SADDE, para alunos da rede pública, e o Vestibular 2003, para alunos que estudaram em escolas particulares). A Apelante concorreu a esse último, ou seja, a 163 vagas, optando pelas subopções G1 e G2, havendo para cada uma a oferta de 18 vagas. Ocorre que no cômputo final de pontos veio a alcançar, na sua melhor colocação, a opção G2 a 57ª posição, o que deixa evidenciado que mesmo que não houvesse a reserva de cota para negros e pardos não alcançaria classificação, razão pela qual, nega-se provimento ao recurso mantendo-se *in totum* a decisão hostilizada. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2003.001.27.194. Relator: Cláudio Mello Tavares, DOERJ, 23 de janeiro de 2004.

relator o Ministro Moreira Alves e Relator do Acórdão o Ministro Maurício Correa, onde consta, de um trecho da ementa, a seguinte assertiva: **“Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.”**²⁷⁴

²⁷⁴EMENTA: HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO, RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar e comerciar livros “fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescribibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e Racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, “negrofobia”, “islamofobia” e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrimen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo,

Na opinião de Maurício Jorge Mota:

O impacto da adoção de uma política de quotas na USP, na base de 50% das vagas para egressos de Escolas Públicas de Ensino Médio será grande: Em termos da relação nominal dos aprovados: de acordo com os dados do vestibular 2001 cerca de 2.135 dos aprovados seriam excluídos da USP. Isto corresponde a 27,6%.

Em termos de desempenho nas provas do vestibular: nas carreiras mais concorridas um conjunto de alunos com média total 661 (escala 0 a 1000) seria excluído e substituído por outro grupo, com média 481 (os excluídos tiveram desempenho 37% maior).²⁷⁵

O TRF da 2ª Região manifestou-se em decisão de Apelação Cível oriunda de julgamento de Ação Civil Pública que pleiteava a condenação da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES à obrigação de reservar cinquenta por cento das vagas de seus cursos para alunos egressos de escola pública, teve o seguinte resultado:

“(...) decide a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, dar provimento à Apelação, na forma do relatório e voto do Relator constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado”.²⁷⁶

baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávico e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. “Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento.” No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.

²⁷⁵MOTA, Maurício Jorge *apud* Apelação Cível do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, n. 1999.50.01.009568-0.

²⁷⁶Apelação Cível do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, n. 1999.50.01.009568-0. Juiz Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Na íntegra: EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO. ACESSO AO ENSINO SUPERIOR. UNIVERSIDADE PÚBLICA. RESERVA DE VAGAS. IGUALDADE MATERIAL. AÇÃO AFIRMATIVA. RAZOABILIDADE. 1. A hipótese consiste em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face da Universidade Federal do Espírito Santo, visando a condenação da Ré na obrigação de reservar cinquenta por cento das vagas de seus cursos para alunos egressos de escola pública. A sentença acolheu parcialmente o pedido, fixando a cota em 20%. 2. De maneira bastante resumida, há de se

Embora referido acórdão fundamenta-se contrário à reserva de vagas universitárias a alunos egressos da escola pública, *mutatis mutandis*, a mesma fundamentação poderia ser aplicada às cotas universitárias raciais.

O TRF da 1ª Região manifestou-se contrário às cotas raciais em julgamento de agravo de instrumento em ação movida contra a Universidade Federal da Bahia. Tal decisão deu ganho de causa à pretensa aluna, tendo como fundamento o art. 558 do CPC, a respeito de pedido de antecipação de tutela recursal, sob a rubrica de efeito suspensivo, para assegurar à agravante o direito de ingresso na instituição de ensino e curso apontados na inicial, observada a ordem de classificação por ela obtida, afastadas as regras estabelecidas na Resolução n. 01/2004 até o pronunciamento definitivo da Turma Julgadora.²⁷⁷

considerar que efetivamente a r. sentença violou a autonomia universitária, o princípio meritório (da capacidade de cada um) no acesso ao ensino superior, o princípio da separação de poderes, o princípio da igualdade, o princípio da legalidade (eis que não há lei prevendo a reserva de vagas para os egressos do ensino público), o princípio da razoabilidade, além de poder gerar deletérias conseqüências em termos de ensino no Brasil, com o movimento de migração de alunos de escolas particulares para estabelecimentos públicos de ensino (e, assim, com a possível inviabilização do ensino particular). 3. Ademais, a simples circunstância de se adotar ação afirmativa tão-somente para o ingresso de alunos egressos de escolas públicas, de maneira isolada – sem outras providências e políticas de acompanhamento pedagógico e assistencial -, não se mostra hábil a permitir a continuidade (e manutenção) de alunos cotistas na universidade pública, gerando impactos evidentes na qualidade e excelência do ensino superior, ao menos no âmbito das instituições públicas de graduação. 4. Ademais, não há uma correlação rigorosa e lógica entre o “fator do discrimen” para fins de reserva de vagas para egressos de escolas públicas. Além de não serem verdades absolutas as categorizações feitas sobre os alunos egressos de escolas públicas e os alunos de escolas privadas, não houve qualquer explicação razoável sobre o motivo de se fixar o percentual das vagas reservadas em 20% (vinte por cento). Nota-se, inclusive, que nos vestibulares de 1998 e 1999 da UFES os percentuais de egressos de escolas públicas que foram aprovados nos exames vestibulares foram de 47,9% e 47,55%, o que demonstra a falta de critério objetivo na sentença. 5. É imprescindível a realização de estudos científicos e técnicos para subsidiar os Poderes Executivo e Legislativo na formulação e desenvolvimento de ações afirmativas tendentes a solucionar eventual distorção existente no ensino superior, no âmbito da Universidade pública. E, logicamente, tal constatação conduz à conclusão da 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 ensino médio. 6. O estabelecimento de cotas obrigatórias, por decisão do Poder Judiciário, viola o princípio da igualdade, desconsidera o mérito dos candidatos ao nível elevado e ensino no país, não atende às finalidades institucionais da Universidade, deixa de lado a autonomia universitária e, finalmente, vulnera o princípio da separação e harmonia entre os poderes da República Federativa do Brasil. O acesso ao ensino superior deve se pautar pelo critério do mérito individual, com base nos valores democráticos, humanistas, respeitando-se em tudo (e por tudo), a Constituição Federal de 1988. 7. Recurso de apelação a que se dá provimento para julgar improcedente o pedido contido na Ação Civil Pública.

²⁷⁷ Agravo de Instrumento n. 2005.01.00.027079-2/BA - Processo de origem: 200533000058414. Desembargador Federal Souza Prudente. DECISÃO: Trata-se de Agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo douto juízo da 12ª Vara Federal da Seção Judiciário do Estado da Bahia, que, nos autos de mandado de segurança impetrado por **Luciane Farias de Melo** contra ato do Sr. Reitor da Universidade Federal da Bahia, indeferiu o pedido de antecipação da tutela mandamental, ali formulado, no sentido de que lhe fosse assegurada a classificação para o

Vestibular 2005, realizada por aquela instituição de ensino, afastando-se os efeitos do art. 2º da Resolução nº 01/04 do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão.

A decisão agravada restou lavrada, nestes termos:

“Trata-se de MANDADO DE SEGURANÇA, impetrado por LUCIANE FARIAS DE MELO, classificada em 124º lugar no último Concurso Vestibular da UFBA para o Curso de Direito, em que requer liminar determinando que seja reconhecida sua aprovação no referido certame, com sua conseqüente classificação, e efetuada sua matrícula no curso de Direito da UFBA.

Alegou que, com a edição da Resolução nº 01/2004, que implementou o sistema de cotas, pelo Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da UFBA, foram alterados os arts. 24 E 25 da Resolução nº 01/2002, e suspenso o art. 35, que vedava qualquer alteração de critério do Concurso Vestibular de 2005, após o mês de março de 2004, sendo vedado, ainda, que a Resolução modificadora produza efeitos jurídicos desde sua edição, inclusive em desrespeito ao fluxo de eficácia de outra ainda não concluído.

Asseverou, outrossim, que a implantação do sistema de cotas na sistemática jurídica dependeria de emenda constitucional, ou, ao menos de edição de lei de caráter nacional, e não de mera resolução.

Aduziu que se instaurou uma discriminação maior em relação aos brancos e pardos, prestigiando-se, sem justificativa razoável e objetiva, os negros, mulatos, mestiços e índios, em violação ao princípio constitucional da igualdade.

Sustentou, a impetrante, que não pode ser prejudicada pelo fato do Poder Público não oferecer educação pública de qualidade, como é seu dever.

Ressaltou que restam violados os princípios da anterioridade e da confiança, além do disposto no art. 47 da lei nº 9.394/96 e nas normas constitucionais dos arts. 3º, IV, 5º, 205 e 206, I.

Salientou que a não concessão da liminar poderá implicar na ineficácia da medida.

DECIDO (...)

III-Da reserva de vagas

Não obstante formalmente válido, o ato administrativo é atacado pela impetrante também quanto ao seu conteúdo, fundamentado seu pedido na alegação de inconstitucionalidade da Resolução 01/04 do CONSEPE, sob o argumento de que esta norma administrativa colidiria com o princípio da igualdade.

Neste ponto, faz-se mister uma breve digressão.

É pacífico que, no mundo de hoje, a educação não é só um direito, tornando-se também um dever, tanto para o Estado quanto para os indivíduos, sob pena de ambos fracassarem em seus destinos. Nesse sentido, ensina o prof. Renato Alberto Teodoro Di Dio que “Deixar de educar é um suicídio moral”.

No Brasil, contudo, é fato notório (art.334, I do CPC) que o ensino fundamental gratuito, disponibilizado por meio de escolas públicas, é de péssima qualidade, razão pela qual, aqueles que possuam um mínimo de condições financeiras que permitam “escapar” da escola pública, ingressam ou migram para as escolas particulares, onde lhes será fornecido uma educação de qualidade superior.

Da situação acima descrita, depreende-se, inelutavelmente, uma premissa: a de que quem freqüenta escola pública hoje no Brasil é por que não pode pagar uma particular, isto é, **só os pobres freqüentam as escolas públicas.**

Tal situação, por sua vez, produz uma nova injustiça ao dificultar, quiçá vedar, o acesso dos mais carentes ao ensino superior público, o qual, invertendo a situação quanto ao ensino fundamental, possui um nível de qualidade melhor que suas congêneres privadas.

Chega-se a uma nova conclusão: se a escola pública for ruim, péssima, ela é destinada ao brasileiro pobre. Quando esta torna-se de qualidade, às vezes até, uma ilha de excelência, como em algumas universidades públicas, o brasileiro carente (seja branco, amarelo, etc.) que estudou na sofrível escola pública vê-se impedido de ingressar sob o cínico fundamento que lhe falta conhecimento...

Feita esta pequena digressão pode-se, com serenidade, verificar que no Brasil do século XXI, o sistema de cotas em universidades públicas **para pobres**, não ofende o princípio da isonomia. Situação que difere das cotas destinadas a indivíduos que se declarem oriundos de minorias, sem que estejam configuradas as efetivas e atuais necessidades destes indivíduos.

Assim posto, se a isonomia, ao final, consiste em “quinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem” indaga-se se seria a resolução UFBA inconstitucional, tanto quando reserva vagas para candidatos oriundos de escolas públicas, quanto quando reserva vagas para estudantes que **se declarem** negros, pardos ou índios?

O TRF da 5ª Região manifestou-se contrário à reserva de cotas raciais, quando decidiu o agravo de instrumento interposto contra a decisão lançada no processo nº 2005.80.00.002099-3.²⁷⁸

Como afirmado, entendo que não. Isto é, **a norma administrativa só viola o princípio da isonomia quando reserva vagas com fulcro em imprecisos critérios raciais**, os quais, aptos, inclusive, a **estimular odioso preconceito racial** em nosso país.

Diversa, porém é a conclusão quanto às cotas para pobres, os quais, como acima demonstrado, por absoluta falta de opção, são aqueles que acabam por freqüentar as escolas públicas. Isto é, não ofende o princípio da isonomia **a reserva de vagas para alunos oriundos da escola pública, pois neste caso, efetivamente, e não por presunção, estar-se-á tratando iguais desigualmente com o justo fim de torná-los mais iguais.**

E tal conclusão pode ser confirmada, outrossim, através da lição do Prof. Luís Roberto Barroso, quanto ao princípio constitucional da razoabilidade inserto na cláusula do due process of law. (art. 5º LIV da CF 1988);

“O princípio da razoabilidade é um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou atos administrativos quando (a) não haja relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (c)haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha”.

Ora, da análise acima verifica-se que a resolução que estabelece cotas para estudantes de escolas públicas supera sem esforço o “teste de razoabilidade”, pois o meio (cotas) é não só adequado como o único disponível a médio prazo para o fim de reduzir uma desigualdade latente no acesso às universidades estaduais. Outrossim, o ganho coletivo, in casu, seria manifestamente superior a eventual dano individual, seja numa ótica “utilitarista ou de ideal”.

O mesmo não se pode afirmar quanto às cotas raciais, pois o simples fato de alguém declarar-se pardo, nem o torna pardo nem, muito menos, necessitado do privilégio de ingresso por meio de cotas. Frise-se, que estas devem ser utilizadas apenas como última ratio, pois, na prática, prejudicam outro candidato que é tão brasileiro quanto o cotista.

Isto posto, este dano a outro igual só pode ser aceito quando as cotas forem reservadas àqueles que efetivamente carecem desta assistência, ou seja, aos brasileiros carentes egressos das escolas públicas, respeitando-se assim, os princípios da proporcionalidade e da isonomia.

Frise-se, ademais, que as cotas para estudantes de escolas públicas, não atenta contra o “critério meritório do vestibular”, pois é manifesto o valor de um estudante pobre que, superando não só as dificuldades de uma educação precária, vence outros desafios, como transporte, alimentação, livros, etc.

Nestes termos, resta evidente que a inteligência exibida na prova não é o único meio de avaliação do mérito de uma pessoa.

Outrossim, depõe ainda contra as chamadas “cotas raciais”, pesquisa publicada na revista Veja (25/3/2005) realizada pela Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (Andinfes) que demonstra que os negros ocupam os mesmos percentuais nas universidades federais que ocupam na sociedade brasileira (5,9%).

Por fim, em face da ilimitada complexidade das “cotas raciais” informa o prof. François Rigaux que **“o último estado da jurisprudência americana consiste em submeter a um controle rigoroso todas as discriminações raciais, sejam elas favoráveis ou desfavoráveis ao grupo minoritário”.**

Assim posto, entendo que, em juízo de cognição sumária, que a resolução da UFBA apresenta-se ofensiva ao princípio da isonomia, **apenas quando reserva vagas para estudantes que se declarem negros, pardos ou índios**, mas NÃO quando reserva vagas para candidatos oriundos de escolas públicas, pois neste caso, efetivamente, e não por presunção, estar-se-á tratando iguais desigualmente com o justo fim de torná-los mais iguais.

Por tudo quanto exposto e com fulcro no princípio da correlação, **sendo a impetrante oriunda de escola privada**, in casu, não vislumbro presente o requisito do fumus boni iuris, razão pela qual **INDEFIRO** a medida liminar pleiteada.

²⁷⁸Agravo de Instrumento n. 61893/AL (2005.05.00.012284-1). Desembargador Federal Paulo Gadelha. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. UFAL. RESERVA DE COTAS RACIAIS NAS

5.4 Da eficácia das cotas raciais e étnicas no mundo

5.4.1 Índia

De acordo com Ali Kamel, a criação de um sistema de cotas na Índia também causou polêmicas, mas, assim mesmo perduram desde 1949 naquele país, sendo que, atualmente, estão ampliadas.²⁷⁹

Isso também ocorreu em outros países, que não o retiraram. Certamente que há motivos políticos envolvidos, uma vez que o político que se dispõe a retirar um benefício corre o risco de perder a eleição. Além disso, uma vez adotadas, vão logo surgindo políticos propondo a adoção de ações similares para outros grupos, sempre em busca de votos.²⁸⁰

As cotas na Índia buscavam beneficiar os chamados intocáveis, que compreendem 16% da população, e membros de outras poucas tribos fora do sistema de castas (8%).²⁸¹

No entanto, a lei previa uma exceção, dizendo que as cotas poderiam também beneficiar “outras classes atrasadas”. Tal medida incentivou que maior número de cotas beneficiassem essas “outras classes”, que representavam 52% da população, e não apenas os intocáveis.²⁸²

Para Sowell apud Ali Kamel, tais políticas não beneficiam seus destinatários iniciais, mas apenas os mais afortunados do grupo.

Na Índia, 63% dos intocáveis continuam analfabetos.

(...)

UNIVERSIDADES. ANTEPROJETO DE LEI EM TRAMITAÇÃO NOS ÓRGÃOS LEGIFERANTES. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. A AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA NÃO SE SOBREPÕE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 1. A reserva de cotas raciais, no momento, não tem amparo legal, nem constitucional, existindo, tão-somente, projeto de lei em tramitação e ampla discussão social sobre o tema. 2. A aprovação do projeto de lei relativo à reserva de cotas raciais nas universidades brasileiras, se ocorrer, não afastará o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis pelo julgador. 3. A implementação prévia, por parte de universidades brasileiras, de medidas relativas à reserva de cotas raciais, constitui procedimento contrário ao princípio da legalidade. 4. Agravo de instrumento provido e agravo regimental prejudicado.

²⁷⁹KAMEL, Ali. op. cit., p. 89.

²⁸⁰Id. Ibid., p. 89-90.

²⁸¹Id. Ibid., p. 90.

²⁸²Id., loc. cit.

Em nenhum caso, trata-se de corrupção: cotas são apenas um dos fatores para se entrar na universidade. Igualmente essenciais são o preparo intelectual e o nível econômico. Quem sabe mais e tem levemente mais dinheiro e recursos, mesmo pertencendo a uma minoria discriminada, terá mais chances do que aqueles que são menos preparados e mais pobres.²⁸³

5.4.2 China

Na China, nos anos 1990, dez milhões se redesignaram como membros de minorias, para se beneficiar dos acessos facilitados a universidades e para ludibriar a proibição de ter mais de um filho, estabelecida à etnia majoritária Han.²⁸⁴

5.4.3 Malásia

Segundo Sowel, na Malásia, as cotas privilegiam os malaios contra seus concidadãos chineses, os estudantes das famílias malaias, que constituem os 17% mais ricos, recebem metade de todas as bolsas.

Estima-se que a ação afirmativa na Malásia atingiu cerca de 6% dos membros do grupo que deveria receber os privilégios. No entanto, observou-se que os estudantes malaios que recebiam o incentivo, o viam como uma garantia para o futuro, o que gerou desmotivação quanto a buscar um bom desempenho.²⁸⁵

A economia cresceu rapidamente na Malásia, especialmente nos setores industriais, favorecendo o progresso dos malaios, tanto em termos absolutos como em relação aos chineses, sem que estes tivessem que passar por “declínio em suas rendas, ocupações ou propriedade de capital”.²⁸⁶

Os chineses somente tiveram perdas absolutas nas instituições governamentais, como resultado das políticas de preferências para os malaios.

²⁸³KAMEL, Ali. op. cit., p. 91.

²⁸⁴Id., loc. cit.

²⁸⁵SOWEL, Thomas, op. cit., p. 73-74.

²⁸⁶Id. Ibid., p. 71.

5.4.4 Cingapura

Cingapura, atualmente uma cidade-estado independente, já fez parte da Malásia, razão pela qual sua população é formada, principalmente, por dois grandes grupos étnicos – malaios e chineses.

No entanto, distintamente ao que ocorre na Malásia, em Cingapura não há política de preferências, existindo um incentivo para a sustentação de uma identidade nacional.

Entretanto, da mesma forma como ocorre na Malásia, em Cingapura os malaios foram superados pelos chineses em questão de desempenho, tanto na escola como nos negócios.²⁸⁷

De maneira geral, há uma preferência pelos costumes dos chineses, por serem mais introspectivos e disciplinados. No entanto, tanto na Malásia quanto em Cingapura, há limitações severas à liberdade de expressão. Isso não impede que haja preferências entre grupos, mas não possibilita agitações e fomentação de inimizade intergrupo.

Dessa forma, ambos os países têm uma economia bastante próspera.

Mesmo assim, há um reconhecimento quanto às melhores condições de vida dos malaios que vivem em Cingapura do que os que vivem na Malásia, de acordo com observações do primeiro-ministro de Cingapura feitas em 2001, como relata Thomas Sowel:

Mais malaios cingapurianos tinham nível secundário elevado e educação superior que os malaios do país vizinho. Conseqüentemente, maior porcentagem de malaios em Cingapura detinha funções administrativas ou empregos nas profissões.²⁸⁸

Assim, demonstrou-se que os malaios tinham se saído melhor, mesmo sendo minoria, “sem ação afirmativa em Cingapura do que como maioria com preferências e cotas na Malásia”.²⁸⁹

²⁸⁷SOWEL, Thomas, op. cit., p. 72.

²⁸⁸Id. Ibid., p. 73.

²⁸⁹Id., loc. cit.

5.4.5 Sri Lanka

Sri Lanka, quando da independência, era uma nação em que duas etnias – tâmeis e cingaleses -, com língua e religião diferentes, conviviam harmoniosamente.

Apesar de não ter havido disputas raciais entre os dois grupos na primeira metade do século XX, com a adoção de políticas de preferência racial, o que se viu foi uma das mais sangrentas guerras civis.

As políticas adotadas reconheciam que os diferentes grupos não eram proporcionalmente representados nas universidades, profissões liberais ou negócios. Logicamente, houve fatores históricos fundamentando as divergências, como ocorre nos demais países.

O grupo dos cingaleses foi favorecido por políticas de cotas universitárias que acabaram por diminuir progressivamente as oportunidades dos tâmeis na educação e emprego.

Os cingaleses conseguiam ser admitidos nas universidades com pontuações menores do que ocorria com os tâmeis. Também no serviço público, os cingaleses eram enviados para trabalhar em regiões onde havia prevalência de tâmeis.

Devido às divergências ocorridas, a Constituição do Sri Lanka necessitou eliminar os preceitos que asseguravam direitos às minorias.

Dessa forma, em 1972, foram instituídas cotas distritais, ou seja, eram considerados os moradores de cada distrito para ingresso nas universidades. Como os cingaleses e os tâmeis estavam concentrados em distritos diferentes, as cotas ganharam um caráter étnico. Com este sistema, a proporção de estudantes tâmeis universitários nas ciências exatas caiu de 35% em 1970 para 19% em 1974.²⁹⁰

Houve redução das oportunidades educacionais para os tâmeis, devido a este sistema, pela sua concentração numa região de condições geográficas pobres, que não permitia o progresso econômico sem uma forte base na educação.²⁹¹

De acordo com Thomas Sowel:

²⁹⁰SOWEL, Thomas, op. cit., p. 88.

²⁹¹Id. Ibid., p. 89.

Sri Lanka demonstrou que a complacência não se apresenta quando se trata de relações raciais ou étnicas, isto porque, mesmo gerações de coexistência pacífica podem se deteriorar rapidamente quando se combinam ao mesmo tempo as circunstâncias favoráveis e os demagogos certos. Nem são tais acontecimentos facilmente detidos uma vez começados. Até as concessões que poderiam produzir a paz no passado seguramente não resultam efeito algum depois que experiências amargas endurecem os dois lados e produzem extremistas com interesse especial na continuação da rixa, já que ela fortalece seus poderes, e nenhuma preocupação com os resultados sociais que poderiam advir do conflito.²⁹²

5.4.6 Nigéria

Na Nigéria, a adoção de políticas de preferência racial levou a uma guerra civil, provocando o cisma que criou Biafra (mais tarde reincorporada), sinônimo de fome e miséria.

O governo nigeriano vem praticando o favorecimento informal sobre alguns grupos étnicos. Algumas preferências étnicas e cotas regionais são impostas sob a justificativa de que muitas atividades necessitam “refletir o caráter federativo do país”.

De acordo com a constituição de 1979:

“a composição do governo da federação e de qualquer de seus órgãos deve ser organizada de modo a refletir o caráter federativo da Nigéria e a necessidade de promover a lealdade nacional, assegurando dessa forma que não haja predomínio de pessoas de uns poucos estados e de outros grupos étnicos no governo ou em qualquer de suas agências²⁹³”.

Para equilibrar e reparar os problemas regionais e étnicos na educação, o governo federal criou instituições universitárias e pré-universitárias reparadoras de reforço nas regiões mais carentes. Foi estabelecida uma câmara conjunta de admissões e matrículas para controlar o ingresso nas universidades do país, através de cotas étnicas.

Além disso, outros princípios foram aplicados em projetos governamentais, tendo em vista o balanceamento regional e étnico.

²⁹²SOWEL, Thomas, op. cit., p. 93.

²⁹³Okwudiba Nnoli, “Ethnic and Regional Balancing in Negerian Federalism,” Foundations of Nigerian Federalism: 1960-1995, editado por J. Isawa Elaigwu e R.A. Akindede (Abuja, Nigéria, Conselho Nacional de Relações Intergovernamentais, 1996), p. 234 apud SOWEL, Thomas, op. cit., p. 106.

Na Nigéria, as preferências acabam por atender aqueles que ingressaram nos setores modernos da economia e da sociedade, com poucas oportunidades para aqueles que ficaram para trás. Isso vem aumentando a hostilidade intergrupos, gerando confrontos.

De acordo com Thomas Sowel:

Se o objetivo das preferências de grupos e das cotas era criar um senso de unidade nacional, como freqüentemente se diz, não há provas de que tenham, de fato, concorrido para a consecução de tal propósito ou mesmo encaminhado o país nessa direção. (...) “Os nigerianos raramente classificam os outros pela riqueza ou pela profissão, mas sim pela etnia.”²⁹⁴

Em 2001, o presidente da Nigéria admitiu a existência de discriminações étnicas e reconheceu a necessidade de reafirmar o direito de qualquer cidadão nigeriano a “viver e desfrutar da cidadania plena em qualquer lugar do país.”²⁹⁵

No entendimento de Thomas Sowel, o que ficou evidenciado dessa experiência, é que:

o esforço para equalizar resultados por meio de preferências de grupos e de cotas fortalecem a “unidade nacional” tem sido tão falsa na Nigéria como em outros países. O objetivo da unidade nacional como fundamento de políticas “que refletem o caráter federativo do país” tem dado aos vários grupos algo pelo qual batalhar, em vez de alguma coisa para uni-los.²⁹⁶

5.4.7 Estados Unidos

Nas instituições de ensino superior norte-americanas, a integração racial ocorreu de maneira distinta dos demais países. Antes da decisão de 1954, envolvendo o caso *Brown versus Board of Education*, houve duas importantes decisões da Suprema Corte relacionadas ao ensino superior. Em 1938, a Corte decidiu que o Estado de Missouri havia violado a cláusula de igual proteção da Emenda nº 14, por ter impedido que negros se candidatassem aos exames da Faculdade de Direito da respectiva Universidade Estadual. Dez anos depois, em 1949, a Corte decidiu que o Estado do Texas não atendia à esta mesma Emenda, por manter Faculdades de Direito estaduais separadas para negros e brancos.

²⁹⁴SOWEL, Thomas, op. cit., p. 109.

²⁹⁵Id., loc. cit.

²⁹⁶Id. Ibid., p. 113.

Nos estados sulistas, das suas onze universidades existentes, seis tinham matriculado negros juntamente com brancos, antes da sentença Brown. Em 1955, as universidades que mantinham barreiras raciais eram as da Geórgia, Flórida, Alabama, Louisiana e Tennessee²⁹⁷. Em 1961, os negros cursavam mais de duzentas universidades e escolas sulistas, estados da fronteira e Distrito de Colúmbia, as quais antes eram limitadas aos brancos²⁹⁸.

Os conflitos pela integração existiram no ensino superior, mas em amplitudes menores, sendo o principal problema a melhoria nas possibilidades de acesso da população negra a esse nível de ensino, não obrigatório, não gratuito, majoritariamente privado e significativamente autônomo em relação ao governo federal²⁹⁹.

Segundo Thomas Sowel, suposições sobre o que está por trás das preferências e cotas aceitas sem que provas sejam solicitadas ou oferecidas, ocasionaram estudos empíricos relevantes. Porém, a aceitação sem critérios permitiu conclusões favoráveis à prevalência da ação afirmativa sem evidências, dando ensejo a estudos feitos de forma questionável e que fossem admitidos como provas quando chegavam a ilações favoráveis à permanência das preferências de grupos e das cotas.³⁰⁰

Um dos estudos favoráveis à ação afirmativa foi realizado por William Bowen e Derek Bok, em 1988, na ocasião reitores da Princeton e Harvard, respectivamente. Defendem a admissão de candidatos negros com qualificações inferiores às exigidas de outros, em faculdades e universidades, o que não chegou a produzir maus resultados, como alardeado pelos críticos da ação afirmativa.³⁰¹

Bowen & Bok afirmam que, antes de 1960, nenhuma faculdade ou universidade da elite norte-americana empenhava-se no sentido de melhoria do número de afro-americanos por elas admitidos. Alguns pequenos esforços, de acordo com iniciativas particulares, podem ser observados ao final dos anos 50. Em

²⁹⁷Cf. MUSE, B. A luta do negro americano: dez anos de integração racial – desde a decisão de 1954 da Corte Suprema dos Estados Unidos da América do Norte. Rio de Janeiro: GRD, 1996, p. 83 apud MOEHLECKE, Sabrina. *Propostas de ações afirmativas no Brasil: o acesso da população negra ao ensino superior*, cit., p. 30-31.

²⁹⁸Id. *Ibid.*, p. 31.

²⁹⁹Id., loc. cit.

³⁰⁰SOWEL, Thomas. *op. cit.*, p. 152.

³⁰¹Id. *Ibid.*, p. 152-153.

1959, o diretor do 'College' de Mount Holyoke, Massachusetts começa a visitar escolas de ensino médio, em busca de afro-americanos promissores e, em 1964, chega a um total de 10 estudantes negros. Nesse período, o reitor da Faculdade de Direito de Harvard decide ampliar o número de estudantes negros em sua instituição. Sensibilizado pelo fato da lei estar desempenhando naquela época um papel crucial na vida dos afro-americanos e por não existirem estudantes negros nas escolas de direito, o reitor cria cursos de verão para preparar candidatos afro-descendentes ao processo de admissão da faculdade, sendo tal exemplo seguido por várias faculdades de direito e universidades³⁰².

Ainda assim, em 1964, os negros representavam apenas 1% dos estudantes de universidades de elite³⁰³.

Para melhoria desse quadro, foram necessárias medidas governamentais, como alterações no processo de admissão, concessão de bolsas de estudos, contratação de professores e funcionários administrativos, além de proibição de discriminação com base na raça. Também foram criados incentivos financeiros nas universidades públicas e privadas, com a suspensão do direito de isenção de impostos nas escolas privadas que praticassem discriminação racial³⁰⁴.

Com a aplicação de programas de ações afirmativas pelas universidades e a busca de resultados mais significativos, ocorrem algumas alterações no sistema de ingresso. Pertencer a determinados grupos raciais passa a influir positivamente no ingresso do candidato, embora nem todas se utilizem dos mesmos parâmetros com mesmo peso³⁰⁵.

Nos EUA, o número de conflitos raciais foi crescente a partir da década de 70, ano de adoção das cotas.

MOEHLECKE afirma que:

Universidades utilizaram o critério racial no ingresso, variando desde um acréscimo na nota até o estabelecimento, mais ou menos flexível, de cotas, cursos preparatórios ao ingresso ou de complementação de curso, bolsas de estudo, parciais ou integrais etc³⁰⁶.

³⁰²Bowen & Bok apud MOEHLECKE, Sabrina. *Propostas de ações afirmativas no Brasil: o acesso da população negra ao ensino superior*, cit., p. 31.

³⁰³MOEHLECKE, Sabrina. *Propostas de ações afirmativas no Brasil: o acesso da população negra ao ensino superior*, cit., p. 32-33.

³⁰⁴Id., loc. cit.

³⁰⁵Id. Ibid., p. 32-33.

³⁰⁶Id. Ibid., p. 33.

A amplitude das ações afirmativas nas universidades norte-americanas, é demonstrada por Bowen & Bok ao estimar que apenas 20% a 30% das universidades e faculdades (de quatro anos) utilizam a raça como critério de admissão, o que não significa que usem o sistema de cotas. A maioria das instituições de ensino superior aceitam seus candidatos sem que nenhum status especial seja conferido a quaisquer deles, de acordo com a raça ou outro critério. Assim sendo, além dos programas de ações afirmativas não serem algo generalizado nesse nível de ensino, eles estariam sendo utilizados, basicamente, nas universidades mais seletivas e melhor colocadas no *ranking* nacional.³⁰⁷

Para Thomas Sowell:

O problema crucial assinalado pelos críticos é que os estudantes minoritários que ingressam em instituições de elite graças a critérios inferiores são *descasados*, coisa diferente de *não-qualificados*, e poderiam ser mais bem-sucedidos em outras instituições voltadas a estudantes de seu nível de capacitação acadêmica, muitas das quais boas faculdades e universidades.

(...) não faz sentido fracassar numa instituição renomada quando se pode ser vitorioso em outra de boa qualidade, ainda que não tão afamada.³⁰⁸

A respeito das cotas, Bowen e Bok, afirmam que:

(...) são contra as “cotas” – o que aparentemente significa que eles são contra a palavra “cotas”, já que fazem a argumentação usual pela representação numérica e afirmam (sem provas) que a educação se beneficia da “diversidade”.

Sua descoberta mais triunfal é que os estudantes negros “se formam em proporções *maiores* quanto mais seletiva é a escola que freqüentaram” (grifo no original).³⁰⁹

Como se observa, segundo Sowell, subentende-se de tais afirmações que o descasamento não prejudica as perspectivas de formatura dos estudantes negros, muito embora um estudo mais aprofundado demonstre exatamente o contrário, quando dizem:

“Tem havido um estreitamento no fosso entre negros e brancos nas notas do SAT bem mais pronunciado entre candidatos às faculdades mais seletivas.”³¹⁰

³⁰⁷ Bowen & Bok apud MOEHLECKE, Sabrina. *Propostas de ações afirmativas no Brasil: o acesso da população negra ao ensino superior*, cit., p. 33-34.

³⁰⁸ Apud SOWEL, Thomas, op. cit., p. 154.

³⁰⁹ Apud Id., loc. cit.

³¹⁰ Bowen & Bok, op. cit., p. 21 apud Id. Ibid., p. 155.

Nos Estados Unidos, foram utilizadas diversas formas de seleção, como trabalhos por projetos de diversidade, apoio às escolas públicas de ensino médio em bairros pobres, abolição do sistema de cotas raciais, passando-se a valorizar as notas do ensino médio etc. No entanto, apesar das universidades que experimentaram modificações, sem extinguirem seus programas de ações afirmativas, os resultados alcançados continuam pouco efetivos em comparação às políticas anteriormente adotadas.

Para Ali Kamel:

O pior de tudo é que as cotas não são necessárias. Nos EUA, os chineses e os japoneses que lá chegaram no início do século passado eram miseráveis. Por esforço próprio e sem cotas, esses dois grupos se desenvolveram, educaram-se e, ao longo dos anos, proporcionalmente, tomaram mais lugares dos brancos americanos em universidades de prestígio e em bons postos de trabalho do que os negros com cotas. Apesar disso, contra eles não há o ressentimento que há contra os negros, porque a percepção é que os asiáticos alcançaram isso por mérito, e os negros, não. A percepção, no entanto, é falsa e injusta. Porque os negros americanos avançaram mais, muito mais, antes da adoção das cotas, do que depois dela.³¹¹

A Suprema Corte norte-americana, e suas decisões a respeito de litígios envolvendo decisões raciais, tem sido uma esfera privilegiada de análises e avaliações atuais sobre a situação de ações envolvendo a validade das ações afirmativas.

A primeira ação contrária às cotas universitárias raciais a chegar à Suprema Corte, bastante discutida e apontada como marco do início da restrição do uso desses programas, é o caso *Allan Bakke versus Universidade da Califórnia*, em 1978. Bakke, branco, pleiteando uma vaga na faculdade de Medicina da Universidade, sente-se prejudicado no processo de admissão, devido ao programa de ações afirmativas vigente, pois, apesar de obter melhores notas que a média dos estudantes negros, algumas vagas já estavam pré-determinadas a eles. Em sua defesa, argumentava que o programa de cotas da Universidade era ilegal, de acordo com a Lei de Direitos Civis de 1964, e inconstitucional, pois negaria a Bakke a igual proteção assegurada pela Emenda nº 14. A Corte decidiu, numa votação com 5 posições favoráveis e 4 contrárias, pela manutenção da raça como um dos critérios válidos de seleção, pois entendeu que nem a Constituição nem o Título VI fazem tal

³¹¹KAMEL, Ali. op. cit., p. 92.

proibição, mas decide que o programa de ações afirmativas adotado era ilegal, passando a proibir cotas fixas e mecanismos de admissão separados. A decisão final se deu por um voto; essa situação, que caracteriza algumas decisões da Suprema Corte³¹², é tida como justificativa da necessidade de cuidados e limites que devemos ter ao utilizarmos essas decisões como parâmetro de avaliação do debate sobre ações afirmativas.

Esse caso suscitou muitos processos e também um grande número de políticas de ações afirmativas.

Sob a pressão do Governador Pete Wilson (que fez da promessa de extinguir os programas estaduais de ação afirmativa o seu principal tema político, visando uma indicação do Partido Republicano para concorrer às eleições presidenciais de 1996), o Board of Regents of the University of California – o mesmo órgão que permitiu a implantação do sistema de quotas que originou o caso Bakke- votou o fim das políticas em favor de grupos discriminados e/ou minoritários nas instituições de ensino superior da Califórnia, ainda em 1995, pondo fim a um trabalho iniciado trinta anos antes.³¹³

O apoio às ações, quando de sua implementação, não foi unânime nem ausente de controvérsias; no entanto, existia um consenso nacional de que alguma medida deveria ser tomada em relação à situação da população negra. Atualmente, alguns pesquisadores, observando as ações judiciais levadas à Suprema Corte norte-americana e contrárias às ações afirmativas, percebem que as decisões foram constantemente permeadas por impasses e longos debates.³¹⁴

A situação atual dos Estados Unidos apresenta um aumento nas desigualdades de renda entre os grupos sociais, atingindo a população norte-americana como um todo, mas principalmente a população negra, que representa cerca de um terço da população daquele país.³¹⁵ Tal situação tem servido de

³¹²MENEZES, Paulo Lucena de. op. cit., p. 98 e ss.

³¹³UROFSKY, Melvin I. Affirmative Action on Trial: Sex Discrimination in Johnson v. Santa Clara. University Press of Kansas, 1997 apud MENEZES, Paulo Lucena de. op. cit., p. 143-144.

³¹⁴EASTLAND, T. Ending affirmative action: the case for colorblind justice. New York: BasicBooks, 1997; CAPLAN, L. Up against the law: affirmative action and the Supreme Court: affirmative action and the Supreme Court. New York: the Twentieth Centuru Fund. Press, 1997 apud MOEHLECKE, Sabrina. *Propostas de ações afirmativas no Brasil: o acesso da população negra ao ensino superior*, cit., p. 36.

³¹⁵CARNOY, M. Faded Dreams: The politics and economics of race in America. New York: Cambridge University Press, 1995 apud MOEHLECKE, Sabrina. *Propostas de ações afirmativas no Brasil: o acesso da população negra ao ensino superior*, cit., p. 35.

justificativa para abandono das ações afirmativas, passando-se a utilizar critérios relacionados, basicamente, às condições sócio-econômicas da população³¹⁶.

Outro problema relacionado às políticas existentes nos Estados Unidos se refere à relação entre ações afirmativas raciais e aumento do ressentimento e hostilidade com relação aos negros, promovendo o aumento da discriminação.

Nos Estados Unidos, (...), esse processo desenvolve-se de forma extremamente singular, posto que a simples escolha do *fator de diferenciação* pode implicar a presunção de constitucionalidade ou inconstitucionalidade do texto normativo que o adota. A vantagem desse sistema (ou desvantagem, dependendo do prisma de análise), é que, conhecendo-se previamente os parâmetros de classificação legal que são juridicamente aceitos, é possível a sua utilização maciça, com um menor risco de questionamentos judiciais. Essa grande diferença que se verifica com relação ao ordenamento jurídico pátrio não impede, de forma alguma, que a ação afirmativa seja adotada no Brasil, mas impõe cuidados redobrados, o que restringe, substancialmente, o seu emprego generalizado.³¹⁷

Segundo Paulo Lucena de Menezes, as recentes decisões da Suprema Corte sobre a ação afirmativa nos Estados Unidos parece que está somente começando.³¹⁸

5.5 Da eficácia das cotas universitárias raciais no Brasil

Cabe traçar um panorama, ainda que superficial da evolução do sistema de ensino brasileiro, desde as rudimentares escolas jesuíticas, considerando que, segundo VERÍSSIMO³¹⁹, a análise das políticas sociais implementadas pelo governo de Fernando Henrique Cardoso (período de 1995 a 2002), e que dizem respeito especificamente à área educacional, dá a perceber que as mudanças implementadas nesse período foram amplas e profundas, tanto na estrutura quanto na organização do ensino como todo.

São do período do governo Fernando Henrique Cardoso as aprovações de várias medidas, entre as quais salientam-se: Lei de Diretrizes e Bases da Educação

³¹⁶MOEHLECKE, Sabrina. *Propostas de ações afirmativas no Brasil: o acesso da população negra ao ensino superior*, cit., p. 41.

³¹⁷MENEZES, Paulo Lucena de. op. cit., p. 154.

³¹⁸Id. Ibid., p. 146.

³¹⁹VERÍSSIMO, Maria Valéria Barbosa. op. cit.

Nacional (Lei 9.394/96), Emenda Constitucional nº 14 que, entre outras medidas, instituiu o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF) e sua regulamentação (Lei n. 9.424/96) e o Plano Nacional de Educação (Lei n. 10.172/01). Essas iniciativas, seguidas de um conjunto bem articulado de outras ações, permitiram reconfigurar o papel e o lugar da educação na agenda política do país.

Quanto aos mecanismos de avaliação de sistema, no âmbito nacional e em todas as modalidades do ensino, foram implementadas: o SAEB – Sistema de Avaliação da Educação Básica³²⁰, o ENEM – Exame Nacional do Ensino Médio, o ENC - Exame Nacional de Cursos, o “Provão” (modificado pelo governo Luis Inácio Lula da Silva) e a Avaliação das Condições de Oferta de Cursos (ACOC). Estes mecanismos de avaliação foram gradualmente estabelecendo um padrão e um currículo nacional não-impositivo, ao contrário, em conformidade com uma concepção educacional diversificada em suas várias modalidades.

A elaboração dos Parâmetros Curriculares Nacionais para Educação Básica e das Diretrizes Curriculares para o Ensino Superior constitui um mecanismo importante dessa nova formatação, pois trouxeram avanços na abordagem mais adequada às demandas do mundo moderno, ao mesmo tempo em que, definindo um currículo nacional desconsiderava as diferentes contribuições da diversidade brasileira.

Para VERÍSSIMO³²¹, esforços do governo em priorizar o ensino fundamental demonstram que foram canalizadas para essa modalidade várias ações, tendo como ponto central a garantia de acesso à educação a todas as crianças, pela bandeira de “nenhuma criança fora da escola”. Essa política intensificou o acesso à educação, mas não resolveu seu maior desafio, que ainda está colocado na permanência e qualidade do ensino ministrado nas escolas públicas. Segundo a mesma autora, não se pode afirmar que a população negra brasileira está presente nesse processo de inclusão, pois os dados apresentados pelos institutos de pesquisa ainda não refletem essas mudanças.

³²⁰O sistema nacional de avaliação para a educação básica já tinha sido iniciado no Governo de Itamar Franco, tendo como assessores as mesmas pessoas que posteriormente assessoraram o Governo de Fernando Henrique na pasta educacional, e alguns assumiram, também, cargos nos organismos internacionais no mesmo período.

³²¹VERÍSSIMO, Maria Valéria Barbosa. op. cit.

A escolaridade média da população adulta com mais de 25 anos é de cerca de 6 anos. Mas VERÍSSIMO³²² alerta para o fato de que, quando se lida com médias, escondem-se as discrepâncias regionais, de gênero e mesmo raciais. Ao se analisar o aspecto racial, percebe-se que os jovens brancos têm cerca de 8,4 anos de escolaridade enquanto os jovens negros têm 6,1 anos. A diferença é de 2,3 anos. Se a média da escolaridade é em torno de 6 anos, essa diferença é muito alta, representando um terço do tempo de estudos.

O problema é o padrão da discriminação racial que tem se mantido constante ao longo do século. O diferencial dos anos de escolaridade entre os dois segmentos – brancos e negros (pretos e pardos) é constante entre as gerações. O grau da exclusão racial em relação à escolaridade é o mesmo que sofreram as gerações anteriores, tanto quanto os jovens de hoje.

Não se pode deixar de levar em consideração que a manutenção desses índices é de extrema gravidade, levando-se em conta o desenvolvimento e exigência da sociedade moderna e informatizada. É dessa situação que cria-se um enorme lapso entre os dois segmentos, quase uma barreira intransponível, aumentando, ainda mais, o grau de exclusão dos negros.

As diferenças absolutas em favor dos brancos encontram-se nos segmentos mais avançados do ensino formal. Por exemplo, entre jovens brancos de 18 a 23 anos, 63% não completaram o ensino secundário. Embora elevado, esse valor não se compara aos 84% de jovens negros da mesma idade que ainda não concluíram o ensino secundário. A realidade do ensino superior, apesar da pequena diferença absoluta entre as raças, é desoladora. Em 1999, 89% dos jovens brancos entre 18 e 25 anos não haviam ingressado na universidade. Os jovens negros, nessa faixa de idade, por sua vez, praticamente não dispõem do direito de acesso ao ensino superior, uma vez que 98% deles não ingressaram na universidade.³²³

Se o quadro de exclusão dos negros do processo educativo formal tornou-se um grande desafio, no sentido de buscar estabelecer parâmetros mínimos de superação dessa situação, foi justamente de acordo com essa realidade que as

³²²VERÍSSIMO, Maria Valéria Barbosa. op. cit.

³²³HENRIQUES, Ricardo. *Desigualdade racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 90*. Rio de Janeiro: IPEA, 2001. p. 31.

políticas de ação afirmativas assumiram uma dimensão política e vêm se consubstanciando no debate da ordem do dia no Brasil.

De fato, o que se tem mais claramente posto em xeque são as noções sobre o *conceito de igualdade* e o *princípio das oportunidades iguais*. O fundamental é ultrapassar as noções de cidadania política – eleger e ser eleito – para centrar-nos na idéia de cidadania social, ou seja, a prerrogativa de cada pessoa gozar de um padrão mínimo de bem-estar econômico e seguridade social. (...).³²⁴

Lembra Antonio Junqueira de Azevedo, o art. 206, I, da Constituição da República, determina que o ensino será ministrado com base no princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. E prossegue:

Contra o entendimento literal da igualdade, opõe-se o pensamento, sempre lembrado, de Rui Barbosa, que sustentou consistir a igualdade em dar tratamento igual aos iguais e tratamento desigual aos desiguais, na proporção da desigualdade. A própria Constituição não permaneceu cega às diferenças reais. É ela mesma que, depois de determinar a igualdade entre os homens e mulheres, distingue-os, por exemplo, para efeitos de aposentadoria, permitindo proventos integrais para o homem, após 35 anos de trabalho e, para a mulher, após 30 (art. 202, II). Também não vimos nenhum jurista sustentar a inconstitucionalidade (...). além do sexo, as leis distinguem as pessoas também pela idade e ora exigem, para certos cargos, limite mínimo (por exemplo, na própria Constituição, 35 anos, para ser ministro do STF) ora, máximo (idem, 65 anos). (...)

A regra da igualdade, bem interpretada, não tem rigidez procustea que impeça as cotas.

(...) as cotas não deixam de ser uma compensação pelo que foi feito e – isto é importante – pelo que não foi feito, por ocasião da Abolição, aos brasileiros descendentes de africanos.

(...) *Mutatis mutantis* o mesmo se aplica aos índios que também não tiveram, e não têm, o mesmo tratamento dos negros.³²⁵

Nesse momento é preciso resgatar a concepção de igualdade não como aplicação de regras de direitos iguais para todos, mas considerar que medidas específicas necessitam e podem ser implementadas em função de situações diferenciadas de desenvolvimento de grupos historicamente discriminados, como os negros no Brasil.

³²⁴SANT'ANNA, Wania. Novos marcos para as relações étnico/raciais no Brasil: uma responsabilidade coletiva. In: SABOIA, Gilberto Vergne (Org.). Anais de Seminários Regionais Preparatórios para Conferência Mundial contra Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata. Brasília. Ministério da Justiça e Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, 2001. Disponível em: <<http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0127.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2007.

³²⁵AZEVEDO, Antonio Junqueira. Cotas para negros. *Jornal da USP*, Opinião, São Paulo, v. 12, n. 370, 11 a 17 nov. 1996. p. 2.

O que não se admite, no entanto, é que isso seja feito em detrimento de parcelas da população que se tornam feridas em seus direitos individuais ou que não se questione se os resultados obtidos servirão aos propósitos primeiros das ações afirmativas, que é o de sanar diferenças temporárias ou circunstanciais, para que se estabeleça o princípio da igualdade para todos os cidadãos.

Por outro lado, há sérios questionamentos sobre a eficácia das cotas raciais universitárias como assevera Ali Kamel:

No Brasil, os amarelos ganham o dobro do que ganham os também autodenominados brancos: 7,4 salários mínimos contra 3,8 dos brancos (os autodenominados negros e pardos ganham dois). Ora, se é verdade a tese de que é por racismo que os negros e pardos ganham menos, haverá de ser, em igual medida, também por racismo que os amarelos ganham o dobro do que os brancos. Se o racismo explica uma coisa, terá que explicar a outra, elementar princípio de lógica. E, então, chegaríamos à ridícula conclusão de que, no Brasil, os amarelos oprimem os brancos.³²⁶

Segundo Kamel, o problema é de origem cultural e reflete na condição econômica da população, e demonstra:

(...) os amarelos estudam, em média, 10,7 anos; os brancos estudam menos, 8,4 anos; e os negros, menos ainda, 6,4 anos. Os amarelos estudam mais e, por isso, ganham mais. Nada a ver com a cor.³²⁷

No entendimento de Kamel, deve haver maiores investimentos na educação, geração e distribuição justa de renda, possibilitando a diminuição da pobreza. Não são afetados apenas os negros, mas grande parte da população. Segundo dados colhidos pelo próprio autor, em 2004, referente a: valor médio do rendimento, número médio de anos de estudo e cor das pessoas no Brasil, ficou evidente a falta de acesso à educação de qualidade aos pobres, sejam eles, brancos, negros ou pardos.³²⁸

Conforme Kamel, os números são eloqüentes, mas inexatos:

Segundo o IBGE, os negros são 5,9% e não 48%. Os brancos são, de fato, 51,4% da população. A grande omissão diz respeito aos pardos: eles são 42% dos brasileiros. Entre os 56,8 milhões de pobres, os negros são 7,1%, e não 65,8%. Os brancos, 34,2%, e os pardos, 58,7%. Portanto, se a pobreza tem uma cor no Brasil, **essa cor é parda**.³²⁹ (grifos nossos)

³²⁶KAMEL, Ali, op. cit., p. 59-60.

³²⁷Id. Ibid., p. 60.

³²⁸Id. Ibid., p. 60-61.

³²⁹Id. Ibid., p. 49.

E alerta:

O que fazem os defensores da tese de que no Brasil brancos oprimem os negros é juntar o número de pardos ao número de negros, para que a realidade lhes seja mais favorável: é apenas somando-se negros e pardos que o número de pobres chega a 65,8%.³³⁰

A essência de seu raciocínio é que não precisamos de cotas porque elas partem do pressuposto que o negro é discriminado negativamente por uma questão de cor, o que não é verdade, qualquer pessoa independente de cor será discriminada desde que ostente pobreza.

Com referência às medidas de ação afirmativa, Sandro César Sell, assim se posiciona:

Nosso entendimento particular seria pela implantação de medidas de Ação Afirmativa de forma seletiva. Novelas e campanhas publicitárias seriam os alvos privilegiados dessas políticas. De certa maneira, isso já é o que tem sido proposto. Se a indústria cultural foi usada, com tanto sucesso, para causar discriminação (como na Alemanha nazista), não vemos porque não poderia ser usada para o fim humanista de combater as formas de discriminação e racismo.³³¹

No tocante ao sistema de cotas para afrodescendentes, afirma:

(...) cremos que teria como resultado um aumento da perseguição simbólica aos negros, embora, materialmente, fosse a política que mais benefícios lhes traria. O problema é que já há um grande *déficit* de vagas no ensino superior brasileiro. O que significa, que, no Brasil, o sistema de ensino superior ainda é genericamente excludente aos pobres – tenham a cor que tiverem. Assim sendo acreditamos que haveria imediata percepção de injustiça nas medidas de Ação Afirmativa, o que não se verificaria se estas começassem por outros setores menos sensíveis a esta percepção.³³²

No entendimento de Isaura Belloni, com base em experiência da Universidade de Brasília (UnB), para tentar modificar a realidade do ensino superior oferecido pela instituição pública, uma “política de educação superior neste momento, no Brasil, deve estar voltada para o desenvolvimento científico-tecnológico e, ao mesmo tempo, comprometida com a igualdade e a democracia na sociedade”.³³³

³³⁰KAMEL, Ali, op. cit., p. 49.

³³¹SELL, Sandro César. op. cit., p. 77.

³³²Id., loc. cit.

³³³BELONNI, Isaura. *Política de Ação afirmativa para a democracia e a igualdade apud* Apelação Cível do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, nº 1999.50.01.009568-0. Disponível em: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Apelação Cível nº 1999.50.01.009568-0. Disponível em: <www.btdt.ucb.br/tede/tde_arquivos/9/TDE-2006-05-09T154106Z-259/Publico/versao%20final.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2007.

As sugestões de Isaura Belonni se referem ao emprego de ações básicas, tais como: a expansão do sistema público de educação superior com o aumento de vagas; criação de novas instituições de ensino superior federais e estaduais; criação de uma política de democratização do acesso com um programa de cotas nos vestibulares e programa de apoio acadêmico e financeiro aos estudantes de baixo desempenho. Para Belonni, a solução não se encontra apenas na reserva de vagas, mas num conjunto de medidas que favoreçam a democratização do acesso e expansão do ensino público em nível de graduação.³³⁴

De acordo com Elielma Ayres Machado:

(...) a implementação de ações afirmativas nas universidades brasileiras tem a seguinte cronologia: em 2002, as universidades UEM, UEPG, UEL, Unioeste, Unicentro e Uern divulgaram editais com algum tipo de reserva, cotas e/ou outro recorte de ação afirmativa.

No entanto, as universidades estaduais fluminenses foram as primeiras a realizar vestibular, em 2003, tendo a vigência de reserva de vagas para egressos de escolas públicas e cotas para pessoas negras e pardas. Naquele ano, além de as universidades estaduais fluminenses, as universidades Uneb e Uems também haviam adotado ações afirmativas.

Em 2004, duas outras universidades federais passaram a ter medidas semelhantes às estaduais fluminenses. Contudo, foi em 2005 que ocorreu o maior número de adesão às ações afirmativas no ensino público superior: UEA, UFBA, UEG, Unemat, UFPE, UFPR, UFRN, UFT, Unicamp, Unifesp, UEMG e Unimontes. Ainda em 2006, mais quatro universidades passaram a ter ações afirmativas: Uema, UFJF, UPE e UERGS.

No ano seguinte, as universidades UFRA, UEFS, UFMA, UFMT, UFPA, UFABC e USP contemplaram as ações afirmativas. No ano corrente, entre as universidades que aderiram às ações afirmativas está a maior do país – a USP.³³⁵

Observa ainda que, em diferente escala, em todas as regiões do país, é possível encontrar políticas de ação afirmativa nas universidades, fator indicativo da abrangência e relevância do tema. Destaca também os grupos e segmentos a serem beneficiados:

(...) atualmente há pelo menos cinco segmentos a serem beneficiados: indígenas, estudantes egressos de escola pública, estudantes moradores do interior do estado, pessoas com deficiência e a partir de recorte de renda mínima. Esses segmentos podem ser atendidos juntos, em separado e com combinações de dois ou mais segmentos.

³³⁴BELONNI, Isaura. op. cit.

³³⁵MACHADO, Elielma Ayres. No rastro das ações afirmativas nas universidades. IBASE - Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas. <www.ibase.org.br/modules.php?name=Conteudo&pid=1700>. Acesso em: 21 abr. 2007.

Uma das conseqüências mais importantes da introdução de ações afirmativas no ensino público superior tem sido o intenso debate público em torno da questão do acesso às universidades. A introdução de tais políticas suscitou um debate acirrado em torno de “acesso e permanência nas universidades”, “desigualdades sociais”, “discriminação racial” e o possível papel do ensino superior.

Esse debate tem sido travado principalmente nos meios de comunicação (como é possível notar a partir da notícia relacionada no presente artigo). Ainda assim, o público em geral deve ser informado por outras fontes. Pois as simplificações apresentadas podem induzir interpretações parciais e até equivocadas. Daí a importância de pesquisas científicas sobre o tema, assim como a divulgação de informações qualificadas que reflitam a compreensão do fenômeno em questão.³³⁶

Segundo Márcia Blasques³³⁷, a escola deve ser o local de formação da cidadania, porém o sistema educacional ainda deixa muito a desejar, uma vez que apenas tem reproduzido os preconceitos existentes na sociedade.³³⁸

É necessária uma efetiva discussão sobre a evasão escolar, a qualidade do material didático do ensino básico, a gratuidade das escolares superiores públicas e a política de cotas para negros nas universidades.³³⁹

É preciso haver uma conscientização de que a escola no Brasil surgiu de modelos europeus, implantados pelos jesuítas. Assim, todos os padrões diferentes do modelo europeu – especialmente os padrões culturais africanos - foram e continuam sendo excluídos da escola.³⁴⁰

Dessa forma, a questão não é a falta de adaptação dos negros à escola, mas a inadequação do ensino que precisa ser revisto. A escola brasileira não enxerga a miscigenação cultural advinda dos negros e índios como pertencentes à identidade brasileira, mas apenas a coloca como uma valiosa “contribuição cultural”.³⁴¹

A Declaração Mundial sobre Educação Superior no Século XXI se refere às missões e funções da educação superior, ressaltando a importância da diversidade e do pluralismo cultural. No seu art. 1, item *d*, coloca como função desse nível de ensino:

³³⁶MACHADO, Elielma Ayres. op. cit.

³³⁷BLASQUES, Márcia. Primeira queixa: a escola reproduz preconceitos. *Jornal da USP*, São Paulo, ano 11, n. 368, 28 out. 1996. p. 6.

³³⁸Id., loc. cit.

³³⁹Id. Ibid.

³⁴⁰Id. Ibid.

³⁴¹Id. Ibid.

d – contribuir para a compreensão, interpretação, preservação, reforço, fomento e difusão das culturas nacionais e regionais, internacionais e históricas, em um contexto de pluralismo e diversidade cultural;

O art. 3º refere-se à equidade no acesso à educação superior e estabelece, no seu item *a*, que a admissão deve ser baseada no mérito, capacidade, esforço, perseverança e devoção daqueles que buscam o ensino superior, podendo ocorrer em qualquer período e idade, acrescentando que nenhuma discriminação com base na raça, gênero, língua ou religião, ou fatores econômicos, sociais, culturais e físicos, pode ser aceita no acesso. No seu item *d*, afirma que esse ingresso deve ser ativamente facilitado para membros de alguns grupos especiais, como população indígena, minorias culturais e lingüísticas, grupos em desvantagem, trabalhadores e deficientes, pois parte da justificativa de que esses grupos possuem experiências e talentos valiosos para o desenvolvimento social. Aponta para a possibilidade de ajuda material especial e soluções educacionais, que podem contribuir para a superação dos obstáculos enfrentados por esses grupos, tanto no acesso quando na continuidade dos estudos.

O art. 8º propõe uma solução para melhorar a equidade de oportunidades, através da diversificação dos modelos de instituições de ensino superior, com cursos mais curtos, flexíveis, modulares, ensino à distância e um processo de ingresso mais flexível, promovendo, assim, um maior acesso à educação.

Resultados dos levantamentos do PNE/Executivo (Planos Nacionais de Educação) e do PNE/Coned (II Congresso Nacional de Educação) referentes à exclusão escolar, concluem que há contradição entre o discurso e a prática da ação governamental, especialmente quanto à questão racial. Citam dados oficiais do IBGE indicando a existência de desigualdades educacionais entre os grupos raciais, demonstrando seu caráter excludente.

Nos diagnósticos do PNE/Coned, afirma-se que, em todos os níveis e modalidades de ensino, ocorre a exclusão que atinge a população negra, resultando numa dupla ou tripla exclusão: pobre, negro ou mulher. Ressalta que as graves conseqüências dessa exclusão e discriminação na educação requerem investimentos

na organização escolar e na formação de profissionais da educação a partir do referencial da cultura brasileira, buscando articular o trabalho dos

agentes educativos com o desenvolvido por agentes dos movimentos e entidades que militam na causa negra.³⁴²

Apesar de tal afirmação, a ênfase dos estudos realizados pelo PNE/Coned se referem à população vítima de exclusão social e discriminação, sendo apontada a necessidade de maiores investimentos na educação, com aumento no número de vagas e melhoria da qualidade do ensino público e gratuito.

Em 13 de maio de 1998, o GTI publica um caderno contendo seus planos de ação e discussões realizadas em diversas áreas, entre as quais a educacional. Quanto ao acesso ao ensino superior, estabelece um programa de combate à discriminação, oferecendo igualdade de oportunidades, muito embora entenda que esta não é solucionada por meio de um sistema de cotas, pois:

Esta, "(...) ignorando as deficiências anteriores da formação escolar, apenas facilitará o ingresso de alunos mal preparados e, por isso, sem condições para competir com os alunos não-negros no decorrer do curso, resultando no fracasso escolar e, conseqüentemente, na diminuição da auto-estima dos jovens negros".³⁴³

Dentre os argumentos favoráveis às cotas raciais, encontram-se ainda os indicadores econômicos, os quais demonstram que essa distinção é feita. Porém, há claras fronteiras sociais associadas à cor da pele que traçam limites de oportunidades objetivos.

Medidas universalistas, por sua própria natureza, atuam como se a discriminação não existisse, então acabam, em suas concretizações, privilegiando os já privilegiados.

Uma legislação penal forte depende de condutas típicas bastante claras, como o racismo brasileiro é camuflado, terão pouco efeito em seu combate.

Em posição diametralmente oposta à cotas universitárias raciais kamel assevera:

³⁴² CONGRESSO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Plano Nacional de Educação: proposta do 2º Coned. Belo Horizonte, 1997. p. 14.

³⁴³ CONSTRUINDO a Democracia Racial, Grupo de Trabalho Interministerial para valorização da população negra, 1998. *Presidência da República*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/RACIAL2D.HTM>. Acesso em: 20 abr. 2007.

“Os negros brasileiros não precisam de favor. Precisam apenas de ter acesso a um ensino básico de qualidade, que lhes permita disputar de igual para igual com gente de toda cor.”³⁴⁴

Machado de Assis e Rebouças são exemplos de mulatos que conseguiram sucesso, muito embora poucos alunos saibam de sua condição racial. “Eles se tornaram parte da elite e por isso foram branqueados”.³⁴⁵

³⁴⁴KAMEL, Ali. op. cit., p. 95.

³⁴⁵OKOI, Zilda. In: BLASQUES, Márcia. op. cit., p. 6.

CONCLUSÕES

Diante do que se demonstrou, pode-se extrair deste trabalho as seguintes conclusões:

Um preâmbulo histórico, formalizando uma breve retrospectiva generalista de como a escravidão foi implantada em nosso país, e, conseqüentemente, quais são as seqüelas detectáveis na sociedade atual.

As ações afirmativas, como ocorrem com as cotas universitárias raciais no Brasil, necessitam ter uma maior conexão, para as transformações sociais existentes que vão surgindo à cada dia.

Para que um Estado Democrático de Direito possa atingir a plenitude do princípio constitucional da igualdade, é necessário que haja o reconhecimento e valorização de nossas raízes, além da promoção do voluntarismo e obediência de sanções, de forma a fomentar uma inclusão social dos excluídos, de forma muito mais célere e eficaz.

Disso deve participar a sociedade como um todo, enfocando-se a iniciativa privada, setor que inclui a maioria das faculdades particulares e organizações não-governamentais, pela criação de políticas de incentivos que favoreçam os pobres, independentemente de sua cor. A atuação dessas instituições no combate à pobreza, mediante a educação, poderia favorecer o desenvolvimento de projetos e a consecução de programas de ações afirmativas, paralelamente às políticas de discriminação positiva desencadeadas pelo próprio Governo.

Conforme apresentado no decorrer deste trabalho, conclui-se que: a) a inconstitucionalidade refere-se às políticas discriminatórias, deixando de promover o cidadão, ou quando o promovem ferem declaradamente o princípio da razoabilidade e, b) a constitucionalidade é questionável, difusa ou concentradamente, quando se permite a criação de cotas universitárias com critérios que possam inserir afrodescendentes e, simultaneamente, desfavorece outros grupos carentes, devido a injustiça e a pobreza que assola a maior parte de nosso povo.

Mesmo entendendo-se pela constitucionalidade das cotas universitárias raciais no que tange ao princípio da isonomia, extrai-se que o mesmo entendimento é questionável no que tange ao princípio da razoabilidade, pois a implantação de tal medida torna duvidoso o fato que as vantagens trazidas pelas cotas superam as desvantagens (Proporcionalidade em sentido estrito). Dúvida esta que também paira sobre o fato dessas medidas serem exigíveis ou necessárias, causando o menor prejuízo possível, (Exigibilidade ou necessidade) atingindo o fim almejado (Adequação).

Abraçam-se os argumentos da inconstitucionalidade do sistema de cotas universitárias, como consta da orientação doutrinária e jurisprudencial mais bem particularizada no subitem 5.2, 5.3, 5.3.2 e 5.3.3 do item 5 do sumário deste trabalho de conclusão de curso, pois a nosso ver, prestigiam os princípios da igualdade e razoabilidade, razão pela qual deixa-se de transcrever seus argumentos para obstar a inaceitável tautologia.

A eficácia das cotas universitárias raciais, a nosso ver, é paliativa, pois incide no velho problema brasileiro de tentar resolver tudo por meio de lei, atacando o efeito (exclusão universitária) e não a causa (péssima qualidade do ensino público fundamental e médio). É como se a lei tivesse o condão de mudar a realidade da ineficiência do poder Executivo, buscando soluções temporárias para um problema secular.

A eficácia das cotas universitárias raciais como fator de inclusão social depende de acontecimento futuro e incerto, pois não obstante serem bem intencionadas, tais medidas não beneficiam seu público alvo inicial, mas unicamente os mais afortunados do grupo. Entre os negros pobres, serão sempre os menos pobres que receberão as vantagens das cotas, porque os que estão na base da pirâmide social mal tem condições de saber que um certo direito lhes ampara.

A eficácia torna-se prejudicada também pela temporariedade das cotas, após sua instituição, provavelmente nenhum político teria a ousadia de extinguí-las, pois o mercado de votos exige que esse tipo de direito ou privilégio seja ampliado a grupos cada vez maiores.

Considerando-se que quando o Direito ignora a realidade, esta se vingará ignorando o Direito; a inclusão social via acesso à universidade mostra-se mais

eficaz quando o Direito perceber que a nossa realidade é o fato de a pobreza não impedir o acesso dos cidadãos ao meio universitário, mas sim o péssimo ensino público brasileiro.

O racismo, embora existente, não é o nosso maior problema, mas sim a pobreza e o modelo econômico que, durante anos, aumentou a concentração de renda: os que eram pobres permanecem nessa condição ou vêem sua pobreza aumentada; e os que eram ricos, assim permanecem ou têm sua riqueza ampliada.

Desta forma, o sólido investimento em educação mostra-se mais eficaz que as cotas, sem correremos o risco de nos transformar em uma nação bicolor.

Como fator de inclusão, as políticas de ação afirmativas, concretizadas pelas cotas universitárias raciais, continuam sendo polêmicas, pelos motivos já expostos e também por tentar remediar uma situação que se inicia muito antes do ingresso do estudante na universidade.

As escolas públicas deveriam receber maior atenção e investimentos, para que possam preparar os jovens, desde as séries iniciais, independentemente da raça, cor, credo, etnia etc., dando-lhes recursos para que possam competir nos meios educacionais e profissionais, de forma igualitária, como prevê a atual Carta Magna.

Como já discutido, mediante a experiência de outros países, as desigualdades infelizmente existem e têm raízes profundas, somente por meio de ações eficazes, racionais e igualitárias, poderemos iniciar algo concreto em relação à melhoria de qualidade do ensino de forma acessível para todos, independentemente da cor da pele.

Conforme o apresentado na Introdução, não se pretende fechar o círculo de discussões, ao contrário, quer-se ampliá-lo e se possível, criar novas luzes para novas discussões, oferecendo uma contribuição ao debate de idéias para a manutenção, melhoria ou extinção da política de cotas, inconstitucionais e ineficazes para mim, frente aos argumentos alinhados razoavelmente no subitem 5.2, 5.3, 5.3.2 e 5.3.3 do item 5 do sumário deste trabalho de conclusão de curso. Vez que fere os princípios da isonomia e razoabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Sérgio. A odisséia afro-brasileira: trabalho e dignidade da pessoa humana. *Achegas: revista de ciência política*, n. 35, maio/jun. 2005. Disponível em: <http://www.achegas.net/numero/tres/sergio_abreu.htm>. Acesso em: 04 jan. 2006.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AMB – ARTICULAÇÃO DE MULHERES BRASILEIRAS. Manifesto em favor da Lei de cotas e do Estatuto da Igualdade Racial. Articulação de Mulheres Brasileiras – uma articulação feminista anti-racista. ISSN 1519-7670, ano 12, n. 389, 11 jul. 2006. *Observatório de Imprensa*. Disponível em: <<http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=389CID001>>. Acesso em: 12 jan. 2007.

ARCARY, Valério. Equidade e igualitarismo: por quê os socialistas defendem as cotas? *Laboratório de Políticas Públicas*. Disponível em: <http://www.lpp-uerj.net/olped/AcoesAfirmativas/exibir_opiniao.asp?codnoticias=17481>. Acesso em: 10 mar. 2007.

ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

_____. *A política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

ARRUDA, Roldão. A difícil vida das pequenas domésticas. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 26 fev. 2001. p. A8.

ATCHABAHIAN, Serge. *Princípio da igualdade e ações afirmativas*. São Paulo: RCS Ed., 2004.

AURÉLIO, Marco. Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. Cotas para negros. *Jornal da USP*, Opinião, São Paulo, v. 12, n. 370, 11 a 17 nov. 1996. p. 2.

BACCHETTO, João Galvão. *Cursinhos pré-vestibulares alternativos no município de São Paulo (1991-2000): a luta pela igualdade no acesso ao ensino superior*. 2003. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

BARBOSA, Maria Inês da Silva. É mulher, mas é negra: perfil da mortalidade do “quarto de despejo”. *Jornal da Rede Saúde*, 23. mar. 2001.

BARBOSA, Rui. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1997.

_____. *Oração aos Moços*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 92, v. 336, p. 125-136, out./dez. 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

BENEVIDES, M.V. Democracia de iguais, mas diferentes. In: BORBA, A.; FARIA, N.; GODINHO, T. (Org.). *Mulher e política: gênero e feminismo no Partido dos Trabalhadores*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1998.

BERNARDINO, Joaze. Ação afirmativa e a rediscussão do mito da democracia racial no Brasil. *Estudos Afro-Asiáticos*, Rio de Janeiro, ano 24, n. 2, 2002.

BITTAR, Eduardo C. B. *A justiça em Aristóteles*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2001.

BLASQUES, Márcia. Primeira queixa: a escola reproduz preconceitos. *Jornal da USP*, São Paulo, ano 11, n. 368, 28 out. 1996. p. 6.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

BORBA, A.; FARIA, N.; GODINHO, T. (Org.). *Mulher e política: gênero e feminismo no Partido dos Trabalhadores*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1998.

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

BRASIL. Câmara dos Deputados. Câmara aprova cotas para estudantes de escola pública. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/internet/agenciacamara/chamadaExterna.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/agencia/materias.asp?pk=83178>>. Acesso em: 8 de fev. 2006.

_____. Construindo a Democracia Racial, Grupo de Trabalho Interministerial para valorização da população negra, 1998. *Presidência da República*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/RACIAL2D.HTM>. Acesso em: 20 abr. 2007.

CABRAL, Karina Melissa. Brasil x apartheid social. As ações afirmativas como meio para superação das desigualdades raciais e de gênero. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 677, 13 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6711>>. Acesso em: 17 abr. 2007.

CALDEIRA, Clóvis. Menores no meio rural. Rio de Janeiro: Centro Brasileiro de Pesquisas Educacionais, 1960 *in* Simon Schwartzman e Vera Wrobel, Proposta de Pesquisa Piloto sobre Educação no Setor Rural. <<http://www.schwartzman.org.br/simon/rural2.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

_____. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999. (Cadernos Democráticos, Coleção Fundação Mário Soares).

CANTO-SPERBER, Monique (Org.). *Dicionário de ética e filosofia moral*. São Leopoldo (RS): Ed. da Universidade do Vale do Rio dos Sinos UNISINOS, 2003. v. 1.

CARULA, Maristela Aparecida Canhoto. *Os direitos fundamentais e a perspectiva do garantismo*. 2003. Dissertação (Mestrado) - Universidade Estadual do Paraná UNESPAR, Jacarezinho (PR), 2003.

CASHMORE, Ellis et al. *Dicionário das relações étnicas e raciais*. Tradução de Dinah Kleve. São Paulo: Selo Negro, 2000.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das Leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CATANI, Afrânio Mendes. Acesso e permanência no ensino superior: capacidades, competição e exclusão social. In: SIMPÓSIO BRASILEIRO DE POLÍTICA E ADMINISTRAÇÃO ESCOLAR. ANPAE, 2001.

CERQUEIRA, Thales Tácito P. L. de Pádua. Cotas para negros em universidades: discriminação ao reverso? *Revista Jurídica Consulex*, ano 10, n. 230, p. 26-33, 15 ago. 2006.

CESAR, Raquel. Ação afirmativa. *Boletim*, n. 15, jul. 2004. Disponível em: <http://www.politicasdacor.net/boletim_ppcor/exibir.asp?cod_noticia=103&NUM_BOLETIM=15>. Acesso em: 11 abr. 2007.

CHAMBOULEYRON, Rafael. Jesuítas e as crianças no Brasil quinhentista. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2000.

COLBARI, Antonia L. *Ética do trabalho*. São Paulo: Ed. Letras & Letras; Ed. da FCAA/UFES, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Brevíssima nota sobre a constitucionalidade da reserva de cotas para o ingresso de negros na Universidade. *Educafro*. Disponível em: <<http://www.educafro.org.br/noticia/Assuntos/ParecerF%E1bioComparatoparaosite2608.doc>>. Acesso em: 12 jan. 2006.

CONGRESSO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Plano Nacional de Educação: proposta do 2º Coned. Belo Horizonte, 1997.

CONSTRUINDO a Democracia Racial, Grupo de Trabalho Interministerial para valorização da população negra, 1998. *Presidência da República*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLEGAO/RACIAL2D.HTM>. Acesso em: 20 abr. 2007.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Teoria da constituição*. Lisboa: Verbo, 2000. t. 2.

DEL PRIORE, Mary (Org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2000.

DEL VECCHIO, Giorgio. *História da filosofia do direito*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004.

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

ENCYCLOPAEDIA Britannica: micropaedia, Chicago, 1980. v. 4.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Anotações sobre o controle de constitucionalidade no Brasil e a proteção dos direitos fundamentais. *Revista de Mestrado em Direito da UNIFIEO*, Osasco, ano 4, n. 4, p. 21-45, 2004.

_____. *Processos informais de mudança na constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FREYRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*. 43. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

FRONTINI, Paulo Salvador. Mestrado em Direito, 2005. Nota de aula da disciplina de Direitos Difusos e Coletivos no Plano da Inclusão Social, no Centro Universitário FIEO.

GENRO, Tarso. Reforma Universitária não recua nas cotas para os negros, afirma Tarso Genro. Em visita à Universidade da Cidadania Zumbi dos Palmares, o ministro falou sobre ações afirmativas no âmbito das instituições de Ensino Superior (Entrevista) *Universia*. Disponível em <<http://www.universia.com.br/materia/materia.jsp?materia=7346>>. Acesso em: 03 fev. 2006.

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

_____. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. *Mundo Jurídico*, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 1 maio 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

HENRIQUES, Ricardo. *Desigualdade racial no Brasil*: evolução das condições de vida na década de 90. Rio de Janeiro: IPEA, 2001.

HERINGER, Rosana. *Observatório da Cidadania*. Relatório, n. 6, 2002.

HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Prefácio de Antônio Cândido. 21. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989.

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

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

LEÃO, Geraldo Magela Pereira. *Pedagogia da cidadania tutelada*: lapidar corpos e mentes: uma análise de um programa federal de inclusão social para jovens pobres. Tese (Doutorado) - Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

LOPES, Fernanda. Por que trabalhar com o quesito cor? *NEPAIDS - Núcleo de Estudos para a Prevenção da AIDS - USP*. Disponível em: <<http://www.usp.br/nepaids/quesito-cor.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2006.

MACHADO, Elielma Ayres. No rastro das ações afirmativas nas universidades. IBASE - Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas. <www.ibase.org.br/modules.php?name=Conteudo&pid=1700>. Acesso em: 21 abr. 2007.

MADRUGA, Sidney. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

MAIO, Marcos C.; SANTOS, Ricardo V. (Orgs.). *Democracia e sociedade*. Rio de Janeiro: Fiocruz; Centro Cultural Banco do Brasil, 1996.

MANDARA NETO, Salvatore. *Interpretação constitucional: instrumento de concretização dos direitos fundamentais*. 2006. Dissertação (Mestrado) - Centro Universitário FIEO, Osasco, 2006.

MANIFESTO em favor da Lei de cotas e do Estatuto da Igualdade Racial. Articulação de Mulheres Brasileiras – uma articulação feminista anti-racista. Ano 12, n. 389, 11 jul. 2006. Disponível em: <<http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=389CID001>>. Acesso em: 12 jan. 2007.

MARITAIN, Jacques. *O homem e o Estado*. 4. ed. Tradução de Alceu de Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Livr. Agir Ed., 1966.

MARTINS, Agnaldo José. O mito da democracia racial e a necessidade de ações afirmativas. *Tribuna do Brasil*, 19/10/2005. Disponível em <<http://www.tribunadobrasil.com.br/?ned=1472&ntc=5106&sc=1>>, consultado em 4/1/2006.

MARTINS, Alaerte Leandro. Maior risco para mulheres negras no Brasil. *Jornal da Rede Saúde*, 23 mar. 2001.

MARTINS, José de Souza. Cota para negros na Universidade. Folha de S. Paulo, 25 maio 2003. *Folha Online*. Disponível em: <http://www.lpp-uerj.net/olped/boletim_ppcor/boletim_anteriores/noticias/Cotaparanegrosnauniversidade.doc>. Acesso em: 10 fev. 2007.

MARTINS, Sérgio. Ação afirmativa e desigualdade racial no Brasil. *Estudos Feministas*, IFCS/UFRJ-PPCIS/Uerj, v. 4, n. 1, 1996.

MATTOSO, Kátia de Queirós. O filho da escrava. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997.

MELLO, Marco Aurélio Medes de Faria. Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, 2002.

MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário jurídico português-inglês – inglês-português*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elfos Ed., 1998.

MELLO, Rodrigo Pereira de. *Provas ilícitas e sua interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

_____. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem jurídica constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, n. 14, jul. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 12 mar. 2007.

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

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Questões forenses: direito constitucional, administrativo, penal, processual e privado: Pareceres n. 25*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1948. t. 1.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1988. t. 4.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. *Cad. Pesq.* São Paulo, n. 117, nov. 2002. *Scielo Brazil*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.com>>. Acesso em: 20 mar. 2007.

_____. Fronteiras da igualdade no ensino superior: excelência e justiça racial. 2004. Tese (Doutorado) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, 2004.

_____. *Propostas de ações afirmativas no Brasil: o acesso da população negra ao ensino superior*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e direito civil: tendências*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 89, v. 779, p. 47-63, set. 2000.

_____. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 93, v. 337, 1997.

MOURA, Esmeralda Blanco Bolsonaro de. Infância operária e acidente do trabalho em São Paulo. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). *História da criança no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1991.

MUNANGA, Kabengele (Org.). *Estratégias e políticas de combate à discriminação racial*. São Paulo: EDUSP; Estação Ciências, 1996.

NEVES, Marcelo. Estado democrático de direito e discriminação positiva: um desafio para o Brasil. In: MAIO, Marcos C. SANTOS, Ricardo V. (Orgs.). *Democracia e sociedade*. Rio de Janeiro: Fiocruz; Centro Cultural Banco do Brasil, 1996.

NOGUEIRA, João Carlos. A discriminação racial no trabalho sob a perspectiva sindical. In: MUNANGA, Kabengele (Org.). *Estratégias e políticas de combate à discriminação racial*. São Paulo: EDUSP; Estação Ciências, 1996.

NUNES, Eunice. Uma mulher fazendo história. *Tribuna do Direito*, São Paulo, ano 14, n. 160, ago. 2006.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Manual de monografia jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

OLIVEIRA, Fátima. *Saúde da população negra: Brasil, ano 2001*. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 2003.

OLIVEIRA, Oris de. O trabalho da criança e do adolescente. In: FERNANDES, R. (Org.). *O trabalho no Brasil no limiar do século XXI*. São Paulo: LTr, 1994.

OLIVEIRA, Oris de; PIRES, Julio Manuel. O trabalho da criança e do adolescente no setor rural. *ST*, n. 102, dez. 1997.

PANNUTI, Maria Regina Viana (Coord.). *Políticas públicas de educação inclusiva*. São Paulo: Instituto Paradigma, 2004.

PARAGUASSÚ, Lisandra. Tarso faz apelo para aprovar projeto de cotas. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 21 out. 2004.

PASSOS, J. J. Calmon de. O princípio da não discriminação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2990>>. Acesso em: 2 maio 2007.

PASTORE, José. Discriminação: cotas ou ajuda efetiva? *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 29 jun. 2004.

PENA FILHO, Sebastião José. Cota para negros nas universidades: uma abordagem unicamente jurídica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3039>>. Acesso em: 10 fev. 2007.

PEREIRA, Gilmar dos Santos. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PLATÃO. *A República*. Trad. M. H. R. Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

PRPPG - PRO REITORIA DE PESQUISA E PÓS GRADUAÇÃO. Plano de Metas para Inclusão Racial e Social na Universidade Federal do Paraná. *Universidade Federal do Paraná*. Disponível em: <<http://www.prppg.ufpr.br/documentos/stricto/ForumAlunosPG-Cotas.doc>>. Acesso em: 24 abr. 2007.

RAMOS, Fábio Pestana. A história trágico-marítima das crianças nas embarcações portuguesas do século XVI. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2000.

RAMOS, Ítalo. Cotas para negros - não há surpresa alguma. Disponível em <http://www.lpp-uerj.net/olped/boletim_ppcor/boletim_antteriores/boletim3/documentos/cotas_para_negros.doc>. Acesso em: 21 jan. 2006.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. Os direitos da personalidade. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 17 jan. 2004. p. A2.

_____. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Lições preliminares de direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

REVISTA Forense, Rio de Janeiro, n. 201.

RIZZINI, Irma. Pequenos trabalhadores do Brasil. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2000.

SABOIA, Gilberto Vergne (Org.). Anais de Seminários Regionais Preparatórios para Conferência Mundial contra Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata. Brasília. Ministério da Justiça e Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, 2001. Disponível em: <<http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0127.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2007.

SANTANA, Olívia. Ações afirmativas: limites e possibilidades. Salvador: UFBA. FAGED. Disponível em: <http://www.faced.ufba.br/destaques/olivia_santana/olivia_santana_acoes_afirmativas.htm>. Acesso em: 29 abr 2007.

SANT'ANNA, Wania. Novos marcos para as relações étnico/raciais no Brasil: uma responsabilidade coletiva. In: SABOIA, Gilberto Vergne (Org.). Anais de Seminários Regionais Preparatórios para Conferência Mundial contra Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata. Brasília. Ministério da Justiça e Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, 2001. Disponível em: <<http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0127.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1995.

SANTOS, João Paulo de Faria. *Ações afirmativas e igualdade racial: a contribuição do direito na construção de um Brasil diverso*. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Orgs.). *Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

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

SERRANO JUNIOR, Odoné. *Direitos fundamentais: fundamentação jusfilosófica, contribuições pós-positivistas para uma teoria geral emancipadora e outras reflexões sobre o tema*. 2003. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Paraná UNESPAR, Jacarezinho (PR), 2003.

SILVA, Alexandre Vitorino. O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3479>>. Acesso em: 22 abr. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1996.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2004.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. Estudo sociojurídico relativo à implementação de políticas de ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil: aspectos legislativo, doutrinário, jurisprudencial e comparado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 342, 14 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5302>>. Acesso em: 11 abr. 2007.

_____. Políticas de ação afirmativas para negros no Brasil: considerações sobre a compatibilidade com o ordenamento jurídico nacional e internacional. Disponível em: <http://www.palmares.gov.br/005/00502001.jsp?ttCD_CHAVE=249>. Acesso em: 10 dez. 2006.

SILVA JR., Hédio. *Direito de igualdade racial: aspectos constitucionais, civis e penais: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. Uma possibilidade de implementação da Convenção 111: o caso de Belo Horizonte. In: MUNANGA, Kabengele (Org.). *Estratégias e políticas de combate à discriminação racial*. São Paulo: EDUSP; Estação Ciências, 1996.

SISS, Ahyas. Afro-brasileiros, políticas de ação afirmativa e educação: algumas considerações. (GT21). In: REUNIÃO ANUAL DA ANPED, 25., 2002. *Anais...* Caxambú: ANPED, 2002. Disponível em: <<http://www.anped.org.br/25/excedentes25/ahyassisst21.rtf>>. Acesso em: 21 abr. 2007.

SOUZA, Arivaldo Santos de. A constitucionalidade política de cotas para negros nas universidades. Disponível em: <www.uj.com.br>. Acesso em: 13 maio 2006.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional. *PUC-Rio*. Disponível em: <www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/textos/cafpatriz.doc>. Acesso em: 10 mar. 2007.

SOWEL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: estudo empírico*. Rio de Janeiro: UniverCidade Ed., 2004.

STEINER, Henry J. ALSTON, Philip. *Human rights in context: law, politics, morals*. Oxford/New York; Oxford University Press, 1996.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias. <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=16416>>. Acesso em: 21 abr. 2007.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, ano 17, n. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.

TOLEDO, José Roberto. Programa financia trabalho infantil. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 12 ago. 1999. Caderno Brasil, p. 7.

TOMEI, Manuela. Ação afirmativa para a igualdade racial: características, impactos e desafios. OIT Brasil. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/info/downloadfile.php?fileId=98>>. Acesso em: 20 abr. 2007.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Apelação Cível nº 1999.50.01.009568-0. Disponível em: <www.bdtd.ucb.br/tede/tde_arquivos/9/TDE-2006-05-09T154106Z-259/Publico/versao%20final.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2007.

TRINDADE, Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997)*. Brasília: Ed. da UnB, 1998.

TUCÍDIDES, *História da Guerra do Peloponeso*. Trad. Mário da Gama Cury. 4. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1987.

VERÍSSIMO, Maria Valéria Barbosa. Educação e desigualdade racial: políticas de ações afirmativas. 2003. ANPED. Disponível em: <<http://www.anped.org.br/26/trabalhos/mariavaleriabarbosaverissimo.rtf>>. Acesso em: 13 nov. 2005.

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

VILELA, Magno. *Uma questão de igualdade: Antônio Vieira e a escravidão negra na Bahia do século XVII*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997.

WEISS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999.