

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA - FDV  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

**BETHÂNIA SILVA BELISÁRIO**

**POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA E O DIREITO  
FUNDAMENTAL À IGUALDADE: O SISTEMA DE COTAS  
RACIAIS PARA O INGRESSO DOS NEGROS NO ENSINO  
SUPERIOR BRASILEIRO**

VITÓRIA  
2007

BETHÂNIA SILVA BELISÁRIO

**POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA E O DIREITO  
FUNDAMENTAL À IGUALDADE: O SISTEMA DE COTAS  
RACIAIS PARA O INGRESSO DE NEGROS NO ENSINO  
SUPERIOR BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daury César Fabriz.

VITÓRIA  
2007

BETHÂNIA SILVA BELISÁRIO

**POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA E O DIREITO  
FUNDAMENTAL À IGUALDADE: O SISTEMA DE COTAS  
RACIAIS PARA O INGRESSO DE NEGROS NO ENSINO  
SUPERIOR BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.

Aprovada em Dezembro de 2007.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Daury Cezar Fabríz  
Faculdade de Direito de Vitória  
Orientador

---

Prof. Dr. Aloísio Krohling  
Faculdade de Direito de Vitória

---

Prof. Dr. Luiz Moreira Gomes Junior  
Universidade Federal de Minas Gerais

À papai, meu baluarte;  
Mamãe, meu exemplo de mulher sábia;  
Volmar, irmão amado, meu pé na realidade;  
Lulu, irmã amada, meu ideal de garra e  
coragem;  
Lud, minha “cunhada-amiga-irmã”;  
Denver, o “melhor” dos cunhados;  
Juju e Isa, as “coisinhas” mais fofas da titia.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus em quem tudo posso pois me fortalece.

Ao professor Dr.<sup>o</sup> Daury César Fabríz por prontamente ter aceito a orientação desse trabalho, quando ainda substância informe e tê-lo conduzido à concretude.

A minha família pelo amor com que sempre me acolheu e pela confiança que sempre depositou em mim, sem os quais, certamente não conseguiria ter obtido o êxito pretendido.

Ao senhor Décio e a dona Lenilda, extensão de minha família, pelo carinho que sempre demonstraram por mim, em especial, durante esse período de mestrado.

Aos colegas de mestrado pelos momentos que passamos juntos. Em especial, aos amigos Elda e Crhistian, um agradecimento sem tamanho pela força que me deram, por chorarem comigo e por compartilharem dessa alegria.

A FDV pela oportunidade de galgar esse degrau em minha vida acadêmica.

"[...] temos direito a reivindicar a igualdade sempre que a diferença nos inferioriza  
e temos direito de reivindicar a diferença sempre que a igualdade nos  
descaracteriza".

Boaventura Souza Santos

## RESUMO

Busca analisar a adoção da política de cotas raciais para negros com o fim de ingresso no ensino superior brasileiro, sob a perspectiva do princípio da igualdade. Por meio de uma abordagem dedutiva e de pesquisa bibliográfica, trabalha a seguinte problemática: a adoção das políticas de cotas raciais para negros, visando ao ingresso no ensino superior brasileiro, viola o princípio da igualdade? Admite a hipótese de que a adoção acarreta violação ao aludido princípio. Estrutura a temática em três capítulos: no primeiro capítulo, enfatiza o princípio da igualdade, revelando-o em suas tradicionais faces formal e material, e nas inovadoras faces da igualdade de oportunidades e de resultados, surgidas com o escopo de concretizar a igualdade material, mormente no que tange à obrigatoriedade de diferenciação de tratamento. No capítulo segundo, enfoca o tratamento diferenciado através da adoção de políticas de ação afirmativa tratando-as, para tanto, na generalidade de seu conceito, desenvolvimento, justificativa, formas de implementação e objetivos. No capítulo terceiro, analisa a adoção do sistema de cotas raciais para o ingresso de negros no ensino superior brasileiro, com base no fator de discriminação escolhido, na correlação lógica entre ele e a desequiparação procedida - correlação enfocada sob o exame da tríade da proporcionalidade - e, na consonância com os preceitos da Constituição Federal, visando a observar se sua adoção acarreta ou não ofensa ao princípio da igualdade. Confirma a hipótese inicial, concluindo: a) que é injustificada a escolha da "raça" como critério de discriminação no caso em exame; b) que não há correlação lógica entre o critério eleito para a adoção da medida e a diferença de tratamento procedida, pois, embora adequadas, são desnecessárias e desproporcionais em sentido estrito e; c) que não guarda consonância com o preceito constitucional relativo ao mérito individual.

Palavras-chave: Princípio da igualdade. Cotas Raciais. Ensino Superior Brasileiro.

## **ABSTRACT**

Seeks to analyse the adoption of the politics of racial quotas for black persons with the end of entry in the Brazilian higher education, under the perspective of the principle of the equality. Through a deductive approach and bibliographical research, it works the following problematic: does the adoption of the politics of racial quotas for black persons, aiming for the entry the Brazilian higher education, infringe the principle of the equality? It admits the hypothesis of which the adoption brings infringement to the above mentioned principle. It structures the theme in three chapters: in the first chapter, it emphasizes the principle of the equality revealing it in his traditional formal and material aspects, and in the innovatory faces of the equality of opportunities and results, appeared with the aim of making the material equality real, especially in what concerns obligatoriness of differentiation of treatment. In the second chapter, focuses the differentiated treatment through the affirmative action politics adoption treating them, for so much, in the general issues of its concept, development, justification, the forms of implementation and objectives. In the third chapter, it analyses the adoption of the system of racial quotas for the entry of black persons in the Brazilian higher education, on basis of the chosen factor of discrimination, in the logical correlation between him and the differentiated treatment offered - correlation focused under the exam of the triad of the - and, in the consonance with the precepts of the Federal Constitution, aiming to notice if his adoption brings or not insult to the principle of the equality. It confirms the initial hypothesis, concluding: a) it is unjustified the choice of the race as criterion of discrimination b) there is not logical correlation between the chosen criteria for the adoption of the measure and the difference of handling adopted, therefore, although adequate, they are unnecessary and disproportionate in strict sense c) there is no consonance with the constitutional precept related to the individual merit.

**Keywords:** principle of the equality; racial quotas; Brazilian higher education.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

Art. – Artigo

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

COFENEN – Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino

EC – Emenda Constitucional

EUA – Estados Unidos da América

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

MP – Medida Provisória

PNAD – Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílio

PNDH – Programa Nacional de Direitos Humanos

PROUNI – Programa Universidade para Todos

UENF – Universidade Federal Norte Fluminense

UERJ – Universidade Estadual do Rio de Janeiro

UFES – Universidade Federal do Espírito Santo

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	11
<b>1 PRINCÍPIO JURÍDICO DA IGUALDADE</b>	16
1.1 SOBRE A IGUALDADE	16
1.2 A IGUALDADE COMO PRINCÍPIO	22
1.3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	24
1.4 O ALCANCE E AS FACES DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE	29
1.4.1 Igualdade formal e material	33
1.4.2 Igualdade de oportunidades e igualdade de resultados	36
<b>2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE E TRATAMENTO DIFERENCIADO: A DIFERENCIAÇÃO PELA ADOÇÃO DE POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA</b>	40
2.1 CONCEITO DE AÇÃO AFIRMATIVA	44
2.2 O DESENVOLVIMENTO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E NO BRASIL	47
2.3 FUNDAMENTOS DAS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA	63
2.3.1 Justiça compensatória	64
2.3.2 Justiça distributiva	67
2.4 FORMAS DE IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA	71
2.5 OBEJTIVOS DAS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA	74
<b>3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE E TRATAMENTO DIFERENCIADO: OS LIMITES DA PRODUÇÃO NORMATIVA E SUAS IMPLICAÇÕES NA ADOÇÃO DE COTAS RACIAIS PARA NEGROS NO ENSINO SUPERIOR BRASILEIRO</b>	82
3.1 PARÂMETROS DE AVALIAÇÃO	87
3.1.1 Fator de discriminação	89
3.1.2 Correlação lógica entre o fator de discriminação e a desequiparação procedida	93
3.1.2.1 Discriminação racial: real obstáculo de acesso dos negros ao ensino superior brasileiro?	95
3.1.2.2 A proporcionalidade na utilização de cotas raciais para o acesso de negros no ensino superior brasileiro	102
3.1.2.2.a Exame da adequação	105
3.1.2.2.b Exame da necessidade	106
3.1.2.2.c Exame da proporcionalidade em sentido estrito	113

<b>3.1.3 CONSONÂNCIA DA DISCRIMINAÇÃO COM OS INTERESSES PROTEGIDOS NA CONSTITUIÇÃO</b>	<b>115</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>120</b>
<b>REFERENCIAS</b>	<b>128</b>

## INTRODUÇÃO

A igualdade estampada nas declarações internacionais e nos textos constitucionais e legais, em outras palavras, na dicção normativa de uma forma geral, em muito se distancia do que é percebido no mundo real, concreto, fático. Ainda que o “dever-ser” jurídico aponte no sentido de que todos sejam iguais sob a luz da lei, o que se nota é um descompasso entre dois mundos: o “ser” da realidade e o “dever-ser” do direito. O que se verifica é que, sob igual estatuto jurídico, não raras vezes, quando da fruição de mesmos direitos, uns “parecem mais iguais que outros”.

À idéia de igualdade, presente no imaginário social desde a antigüidade, reconhecida como direito a partir das conquistas advindas das revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, e, tratada sob o enfoque dos direitos fundamentais, mormente, a partir da segunda dimensão dos direitos, acresce-se uma nova batalha, qual seja, a luta por sua concretização. O entendimento é no sentido de que, nos atuais dias, não basta vê-la reconhecida como um princípio basilar no regime dos direitos fundamentais<sup>1</sup>; necessário tê-la efetivada nas variadas esferas da vida social na medida em que o homem, ser dotado de singularidades, se relaciona e desenvolve.

O que se pretende do princípio vai muito além de uma igualdade meramente formal, traduzida, num primeiro momento, como uma absoluta uniformidade de tratamento. Ao revés, seu alcance deve abarcar também uma obrigatoriedade de diferenciação no tratamento dos desiguais na medida de suas desigualdades,

---

<sup>1</sup> Em face da gama de expressões que são utilizadas como sinônimas nessa seara dos direitos fundamentais, vale ressaltar que o que se quer aqui com o emprego do termo é referir-se aos “direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente [...] os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”. (CANOTILHO, 2002, p.393).

diferenciação que implique, por fim, numa maior igualdade social, que vise a realizar o homem em sua dignidade. Ressalte-se isso, em especial, num país que expressamente se diz fundamentado na dignidade da pessoa humana.

Infere-se disso que a igualdade, longe de comportar tão somente uma postura negativa ou não intervencionista do poder público, nos moldes do Estado Liberal, implica também numa conduta ativa, num agir positivo do Estado, que perceba o homem em suas singularidades, necessidades e reais desigualdades, muitas vezes fulcradas em preconceitos e discriminações que se arrastam ao longo da história e o marginalizam. Por outra via: que o fazer estatal trate o homem como indivíduo especificado, e, se necessário, por meio de diferenciações de teor positivo, lhe possibilite iguais oportunidades e/ou resultados quando do seu empenho pela conquista de bens e situações jurídicas escassas, levando a um “reajustamento proporcional de situações desiguais” (SAN TIAGO DANTAS, *apud* FERREIRA FILHO, 2006, p.114).

Nesse sentido, a partir da década de 1960, ganha destaque a temática referente às políticas de ação afirmativa. Surgidas nos Estados Unidos da América – EUA, se alastraram pelo mundo propagando-se por diversos países, incluindo o Brasil, com o escopo de possibilitando maior inclusão social daqueles que não fazem parte da parcela política, econômica e socialmente dominante, por serem mulheres, negros, homossexuais, idosos ou portadores de deficiência física, promovam a concretização da igualdade material entre os homens.

As políticas de ação afirmativa admitem variadas formas de implementação, tanto em esfera pública quanto privada, imprimindo medidas que visem, por vezes, a uma igualdade de oportunidades, por outras, a uma igualdade de resultados. Vão desde medidas preferenciais, à notória, debatida e polêmica reserva de cotas, principalmente na esfera laboral e na educacional superior.

No cenário brasileiro, debate acalorado vem-se firmando no que se refere à adoção dessas políticas de ação afirmativa. Em especial, quanto à questão da adoção de cotas raciais aos negros para que ingressem no ensino superior. O

Estado do Rio de Janeiro foi o primeiro na adoção de tais medidas, estabelecendo a reserva de vagas em cursos de graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e da Universidade Estadual do Norte Fluminense -UENF. Hoje, já não se restringem ao Estado do Rio de Janeiro, sendo medida já tomada por outras universidades e faculdades espalhadas pelo país<sup>2</sup>.

Tanto social quanto juridicamente, muito se discute sobre a justiça, a utilidade, a necessidade e a adequação da medida. O que se questiona é se o emprego das “políticas de cotas raciais”, com o fim de que negros tenham acesso às universidades, é realmente capaz de promover a igualdade material, em especial,

---

<sup>2</sup> As políticas de ação afirmativa na área da educação estão presentes em universidades públicas federais e estaduais e faculdades particulares em vários locais do país, por exemplo: UFPA – Universidade Federal do Pará (50% das vagas para alunos oriundos da rede pública sendo: 40% destas destinadas a declarantes pretos ou pardos (*sub judice*); UFBA – Universidade Federal da Bahia – (Divididas em 6 categorias: A= (36,55%) candidatos das escolas públicas que se declararem negros ou pardos; B= (6,45%) candidatos escolas públicas qualquer etnia; D= (2%) candidatos de escola pública que se declararem índio descendente; E= (55%) todos os outros candidatos); UnB – Universidade de Brasília – (20% p/ afro-descendentes); UFPR - Universidade Federal do Paraná – (20% para afro-descendentes e indígenas); UFAL -Universidade Federal de Alagoas (20% para negros dessas 40% para homens e 60%para mulheres); UFJF – Universidade Federal de Juiz de Fora MG (25% afro-descendentes e 25% rede pública); UFES – Universidade Federal do Espírito Santo (alunos a rede pública e afro-descendentes); UFABC – Universidade Federal do ABC – (50% de cotas para alunos a rede publica e afro-descendentes); UFPB – Universidade Federal da Paraíba –(50% para oriundos da escola pública, sendo 20% destinados a negros, 2,5% para a comunidade quilombola, 2,5% para indígenas e 5% para pessoas com necessidades especiais); UFPI - Universidade Federal do Piauí; UFRGS - Universidade Federal do Rio Grande do Sul –(50% de cotas para alunos a rede publica e afro-descendentes); UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina (50% de cotas para alunos a rede publica e afro-descendentes); UNEB – Universidade do Estado da Bahia (40% afro-descendentes e oriundos da rede pública; 5% p/ deficientes); UEMS – Univ. Est. do Mato Grosso do Sul (20% p/ negros e 10% para indígenas); UENF - Univ. Estadual Norte Fluminense (20% afro-descendentes, 20% oriundos da rede pública; 5% p/ deficientes); UERJ - Univ. do Estado do Rio de Janeiro.(20% afro-descendentes, 20% oriundos da rede pública; 5% p/ deficientes); UEMG – Universidade do Estado de Minas Gerais – ( 20% para afro-descendentes, 20% para alunos oriundos de escola pública e 5% indígenas e portadores de deficiência física); UERGS – Universidade Estadual do Rio G.do Sul (50% para candidatos hipossuficientes, ou seja, pobres, e 10% para portadores de deficiência física); UEG- Universidade Estadual de Goiás (45% das vagas p/ estudantes negros, indígenas e que tenham estudado em escola pública); UEMA – Universidade Estadual do Maranhão (50% para escola pública sendo 20% para afro-descendentes; 5% para deficientes, vagas fixas para indígenas - Tem também cota de 30% para docentes afro-descendentes e Indígenas); CESUMAR- Centro Universitário de Maringá; CESV- Centro Ensino Superior de Vitória; FACULDADES MARINGÁ - Faculdade de Maringá; UCDB -Universidade Católica Dom Bosco; SÃO BENTO -Faculdade São Bento; UCL- Faculdade do Centro Leste; UniCEUB -Centro Universitário de Brasília; UNICENTRO- Centro Universitário de Belas Artes de São Paulo; UNIT- Universidade Tiradentes. Disponível no site: <[www.movimentoafro.amazonida.com/relação\\_ies\\_cotas.htm](http://www.movimentoafro.amazonida.com/relação_ies_cotas.htm)>.

no tocante a obrigatoriedade de diferenciação, ou, pelo contrário, se a implementação das cotas raciais para negros com essa finalidade específica fere o princípio da igualdade que tem por escopo promover.

A temática, em razão de seu caráter transdisciplinar, pode ser abordada sob vários enfoques e com base em diversas disciplinas, todavia, nesse trabalho, ser-lhe-á conferido um enfoque jurídico, sem prejuízo de, por vezes, permeado de questões de cunho histórico-social ou filosófico, com o fim de melhor contextualizá-la.

Dentro dessa perspectiva, o trabalho tem por fim discutir uma tormentosa questão, qual seja: *a adoção das políticas de cotas raciais para negros, visando ao ingresso no ensino superior brasileiro, viola o princípio da igualdade?* A hipótese que se quer ter ao final confirmada, ou infirmada, é a de que a adoção de cotas raciais com o fim de que os negros ingressem no ensino superior viola o princípio da igualdade.

A problemática do trabalho será estruturada e analisada em três capítulos, tendo por método de abordagem o dedutivo, e por método de procedimento o bibliográfico.

No capítulo primeiro, após seu relato em diferentes tempos históricos, a igualdade revelar-se-á como um princípio jurídico, esculpido, no caso brasileiro, no art. 5º “caput” da Carta Constitucional de 1988, e inserido no título que trata dos “Direitos e Garantias Fundamentais”<sup>3</sup>. Será posto em relevo o seu traçado na história do constitucionalismo brasileiro, vez que presente em todas as Cartas nacionais, desde a imperial de 1824. Ao final, discutir-se-á sua dicotomia formal e material, bem como serão realizadas colocações acerca de suas “novas faces”, quais sejam: a igualdade de oportunidades e de resultados, surgidas com o escopo de dar concretude à face material da igualdade, em especial, no que tange à obrigatoriedade de diferenciação de tratamento. Utilizar-se-ão, aqui, autores como

---

<sup>3</sup> Nada obstante sua inserção constitucional nesse título específico é de observância obrigatória no tocante a outros dispositivos constitucionais e legais, o que só vem a ressaltar sua importância como princípio que funda e estrutura toda a ordem jurídica.

Carmen Lúcia Antunes Rocha, José Joaquim Gomes Canotilho e Leila Pinheiro Bellintani.

No segundo capítulo, será enfocada a diferenciação de tratamento por meio da adoção de políticas de ação afirmativa, e, para tanto, serão tratadas de forma generalizada compreendendo questões referentes ao seu conceito, desenvolvimento, justificativas, formas de implementação e objetivos. Utilizar-se-ão autores como Leila Pinheiro Bellintani, Paulo Lucena de Meneses, Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Joaquim B. Barbosa Gomes, Roberta Fragozo Menezes Kaufmann, e Ronald Dworkin.

No capítulo terceiro, abordar-se-á especificamente a política de cotas raciais para o ingresso no ensino superior sob o prisma de um tratamento diferenciado justificável. Demonstrar-se-ão, fazendo uso de autores como Celso Antônio Bandeira de Mello e Robert Alexy, os casos em que a diferenciação produzida se coaduna com o princípio da igualdade, dando azo a regimes jurídicos diferentes e justificáveis, por não serem arbitrários.

Para tanto, far-se-ão considerações referentes aos critérios capazes de justificar uma diferenciação de tratamento normativo, trabalhando a questão da correlação lógica entre o fator de discriminação eleito e a desequiparação procedida, sob o enfoque da proporcionalidade. Será traçado um paralelo entre tais critérios e a específica implantação de cotas raciais para o ingresso nas universidades brasileiras, visando a responder se, nessa modalidade, e com base no critério racial, tal adoção viola ou não a igualdade que objetiva concretizar.

# 1 PRINCÍPIO JURÍDICO DA IGUALDADE

## 1.1 SOBRE A IGUALDADE

Falar em igualdade é questão complexa no campo jurídico por no mínimo duas razões. A primeira reside em sua imprecisão conceitual<sup>4</sup>, uma vez que diversas significações lhe foram agregadas ao longo da história, por vezes atreladas a outros conceitos fluidos, tais como o de liberdade e o de justiça. A segunda, diz respeito à incessante tentativa de lhe assegurar uma aplicação no mundo da realidade.

Tomando-se como base as lições de Platão e de Aristóteles, é possível afirmar que a igualdade é um ideal que remonta à Antigüidade ainda que, no primeiro caso, idealizada numa república sem qualquer base fática, e, no segundo, pregada concomitantemente à existência da escravidão, defendida à época sob o argumento de que a desigualdade era algo natural, inato ao homem.<sup>5</sup>

Em ambos os pensadores a idéia de igualdade atrelava-se à idéia de justiça. Em Platão um agir justo implicava em considerar o outro como portador dos mesmos direitos e, em garantir para cada indivíduo o que lhe era devido conforme suas próprias aptidões (OLIVEIRA; TROTTA, 2007, pp. 1-17). Em Aristóteles, sob as

---

<sup>4</sup> “[...] a difícil conceituação da igualdade tem feito com que seja ela confundida com os próprios valores: ora a justiça, ora a liberdade. Segue-se daí que inúmeras podem ser as classificações da igualdade, conforme os valores de que se aproxime”. (LOBO TORRES, 1995, p.264.)

<sup>5</sup> A natureza igualitária entre os homens sem a distinção entre escravo e amo só veio a ser dissipada em Sêneca e Cícero. (BELLINTANI, 2006, p.9.)

diversas óticas concernentes à justiça, a igualdade foi engendrada na noção de “justo-meio”, entendido como um equilíbrio localizado entre dois extremos eqüidistantes de uma relação.

Premissas de suma importância, no tocante ao que veio a ser posteriormente o princípio da igualdade, foram lançadas a partir de pensadores antigos. À título exemplificativo restou asseverado que todos os homens eram naturalmente iguais, que a igualdade era a essência da justiça, que a igualdade pressupunha a comparação e obrigava a tratar igualmente o igual e desigualmente o desigual, e, que a igualdade não era necessariamente aritmética, podendo ser proporcional. (BELLINTANI, 2006, pp.9-10).

Já na idade média, sob a influência do cristianismo, a igualdade ganhou proeminência nos escritos de Agostinho e Tomás de Aquino. Para a filosofia Agostiniana o justo consistia em “dar a cada um o que era seu”, e nessa atribuição era necessário que houvesse equilíbrio. Em leitura inversa, o injusto se configurava na entrega do indevido ou na não concessão do devido. Para Tomás de Aquino, a relação “igualdade X justiça” advinha da própria concepção desta última, por definição “[...] um hábito, portanto, uma prática, que atribui a cada um o seu, à medida que cada um possui uma medida, e que nem todos são materialmente iguais” (BITTAR; ALMEIDA, 2002, p.203).

Modernamente, a igualdade ganhou forma em meio ao ideal de liberdade, mola propulsora das revoluções liberais ocorridas nos séculos XVII e XVIII. Presumida como algo natural entre os homens, o seu corolário de tratamento igualitário passou a ser enunciado em todas as Declarações de Direitos que se seguiram às revoluções e a partir desse fato foi grande a sua evolução no plano do direito.

As concepções de Locke e Rousseau exerceram papel fundamental, não só na criação do Estado Liberal, mas também, na enunciação da igualdade nas cartas e declarações surgidas. Sob a consideração de um hipotético estado de natureza, primeiramente em Hobbes e posteriormente em Locke, postulou-se serem todos os homens naturalmente livres e iguais. Das teorizações de Rousseau sobre a

desigualdade nos aspectos moral e político, concebeu-se a necessidade de que todos os indivíduos fossem considerados iguais perante a lei com o fim de que “[...] não reinasse o despotismo político a partir da diferença de posses, que em ultima instância, era a principal causa das desigualdades”. (TABORDA, 1998, pp. 251-262).

Em estreita relação com as idéias de Locke, a igualdade foi consagrada pela primeira vez na esfera jurídica com a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia (*Bill of Rights* da Virgínia) em 12 de Junho de 1776. Identificado como um resumo dos direitos fundamentais e dos privilégios garantidos ao povo contra as violações do Estado, o *Bill of Rights* da Virgínia, posteriormente incorporado à Constituição Americana por meio das emendas 14 e 27, dispunha, por exemplo: em seu art. 1º que os homens eram naturalmente livres e iguais possuindo direitos inatos; em seu art. 4º sobre a extinção dos privilégios pessoais e; nos arts. 5º e 6º sobre a igualdade na esfera política.

Nada obstante, “[...] foi com a revolução francesa que a moderna concepção do princípio da igualdade ganha notoriedade e expande o seu brilho [...]” (MENEZES, 2001, p.17), propagando-se universalmente a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão gerada com a revolução de 1789.

Cabe lembrar que a sociedade francesa da segunda metade do séc. XVIII era estamental, ou seja, apoiada em três estados distintos. O clero e a nobreza, que compunham respectivamente o primeiro e o segundo estados, e eram os detentores dos privilégios e das vantagens, e o terceiro estado, composto pela burguesia, pelos camponeses e por artesãos, que por sua vez eram oprimidos e subjugados em face dos outros dois.

Foi objetivando a proibição dos privilégios e da hierarquia fundadas na estratificação social, e postulando uma igualdade de direitos, que, via revolução, o terceiro estado francês do séc. XVIII, em Assembléia Nacional, aprovou a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que já em seu art. 1º enunciava a igualdade de direitos entre os homens e as distinções fundamentadas

exclusivamente na utilidade comum, pretendendo com isso, um mesmo tratamento normativo para todos os indivíduos e não uma igualdade capaz de suprimir ou ao menos mitigar as desigualdades fáticas.

O momento da igualação dos homens era o momento da aplicação da lei, que valia para todos indistintamente e era aplicada uniformemente. Subjaz “[...] a esta concepção a convicção de que só a generalidade da lei permitia a extinção dos privilégios e sujeições da sociedade estamental [...]” (TABORDA, 1998, pp. 251-262), de outra forma “[...] o que se buscava evitar era que qualquer indivíduo, independente da motivação e dos fins visados, procurasse evocar privilégios apenas em razão de sua posição social [...]”. (MENEZES, 2001, p. 19)

Em consonância com os interesses burgueses no tocante ao favorecimento da mobilidade social, a igualdade se alicerçava na competição por meio de méritos individuais ao invés de fundar-se em privilégio ou hierarquia por posição social.

Os revolucionários insistiam em que os benefícios, o poder e as posições deveriam ser adjudicados àqueles cujo talento, engenho e trabalho merecessem recompensa. Igualdade significava competição justa, em que nenhuma pessoa, ou grupo de pessoas tivesse vantagens predeterminadas. (MENEZES, 2001, p. 20)

Uma igualdade nos mesmos moldes da estabelecida pela Declaração Francesa, qual seja, perante a lei e na proporção dos méritos de cada um, foi inserida em textos constitucionais posteriores, incluindo a própria Carta francesa de 1791, bem como a Constituição brasileira de 1824.

Na modernidade, a partir das experiências francesa e americana, o conceito de igualdade perante a lei foi edificado. No ensino de Gomes (2001, p.2) consubstancia-se em

[...] uma construção jurídico-formal segundo a qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos inter-individuais. Concebida para o fim específico de abolir os privilégios característicos do *ancién regime* e para dar cabo às distinções e discriminações baseadas na linhagem, posição social, essa concepção de igualdade jurídica, meramente formal, firmou-se como idéia-chave do constitucionalismo que floresceu no séc. XIX.

A partir de meados do séc. XIX o princípio da igualdade que foi cunhado sob as marcas da generalidade e neutralidade passou a adquirir novos contornos. Esse século foi marcado também pelo desenvolvimento do capitalismo e pelo surgimento de duas novas classes sociais com interesses conflitantes e por que não dizer antagônicos. Surgiram os capitalistas e o proletariado. Nas mãos daqueles concentrava-se a riqueza, destes, o trabalho que a gerava, exercido em condições sub-humanas, por exemplo, mediante longas jornadas e baixos salários.

Eis o contexto ideal para que a massa proletária, em meio a lutas por melhores condições de vida e trabalho, se insurgisse com reivindicações e propostas que acabaram por marcar uma alteração no papel do Estado. De uma posição de abstenção e neutralidade em razão da garantia dos direitos enunciada nas Declarações e Cartas constitucionais, passa a uma posição assistencialista e intervencionista, com o fim de nivelar as desigualdades ocorridas no meio social.

Surgem os direitos sociais e econômicos e com eles o princípio da igualdade passa a ser compreendido como um “[...] instrumento hábil para implementar, no plano real, uma igualdade efetiva, em consonância com as demais diretrizes constitucionais previstas em cada caso específico” (MENEZES, 2001, p.25). O princípio jurídico concebido como uma espécie de pilar do Estado Liberal passa a sustentar agora um Estado Social.

[...] Europa do séc. XIX, palco de intensas lutas sociais, decorrentes, basicamente, do extremo estado de penúria das classes trabalhadoras e de sua conseqüente organização política. A feição do Estado, antes “liberal”, onde os direitos fundamentais de liberdade pessoal, política e econômica constituíam um limite a intervenção estatal, mudou para sempre: surgem os direitos sociais como conseqüência direta das lutas dos trabalhadores, representando direitos de participação no poder público e na distribuição de riqueza social. [...] exige-se agora do Estado uma intervenção positiva, para criar as condições de uma real vivência e desenvolvimento da liberdade e personalidade individual. No Estado social de Direito, cuida-se de articular direitos, liberdades e garantias (proteção da autonomia da pessoa) com os direitos sociais (refazer as condições materiais). (TABORDA, 1998, pp. 251-262)

Numa perspectiva mais contemporânea, contextualizada na reflexão de Ronald Dworkin sobre a igualdade distributiva, toma forma a idéia de “igual consideração” sob a ótica de que o direito a ser tratado como igual, não necessariamente, implica no direito a receber um igual tratamento em todas as situações impostas pela vida, mas tão só, em que o indivíduo seja tratado com igual consideração e respeito. Noutras palavras, dizer que o indivíduo deva ser tratado como igual não é o mesmo que dizer que deva receber um tratamento igualitário na distribuição de ônus e bônus sociais.

Para Dworkin (2002, pp. 349-350), ser tratado como igual é o direito “[...] de ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa”, e, o direito ao tratamento igualitário, é o “direito a uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo”. Ressalta-se que para o jusfilósofo americano ser tratado como igual fundamental e receber igual tratamento é direito derivado, e, nem sempre, tais direitos coexistem.

A partir de sua concepção de igualdade Dworkin tece considerações no campo das políticas de ação afirmativa, surgidas no território estadunidense e, hoje espalhadas pelo mundo, com diferentes denominações e variadas formas de aplicação.

Eis, por amostragem, um relato da igualdade em diferentes tempos.

## 1.2 A IGUALDADE COMO PRINCÍPIO

Ao tratar a igualdade dentro de uma visão principiológica uma observação inicial há que ser posta. Foge aos limites deste trabalho explicar acerca dos debates tradicional e contemporâneo referentes à questão dos princípios no universo jurídico. Não se quer aqui, por exemplo, investigar as questões da previsão expressa, implícita, ou mesmo extra-sistêmica dos princípios, bem como, a questão da existência ou não de critérios de diferenciação entre princípios e regras, espécies do gênero normativo, ou mesmo, a defesa de que tal diferenciação seja somente quanto ao grau, ou, ao revés, seja qualitativa.

O que se quer é revelar a igualdade, mola propulsora e fim último da adoção de políticas de ação afirmativa, não meramente como objetivo (ideal) a ser perseguido desde a antiguidade, mas como pilar normativo (princípio) imprescindível nos Estados e sociedades democráticas que primam por ver o homem, enquanto ser humano, realizado em sua dignidade.

Para tanto, necessário que se traga ao menos algumas definições que realcem a importância dos princípios como elementos formadores, estruturadores e interpretativos da ordem jurídica, uma vez que, explícita ou implicitamente, permeiam o universo jurídico e desempenham importantes funções nesse universo.

De Plácido e Silva (1998, p.639), informa que o vocábulo “princípios” assume a significação de normas elementares ou requisitos primordiais postos como base ou alicerce de algo, e assim, “[...] revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica [...]”.

À essa definição alia-se a exposição de Bandeira de Mello (2004. pp.841-842):

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo [...].(grifo nosso)

Soma-se ainda o entendimento de Reale (1995, p.300) de que os princípios

São enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do direito quanto o de sua atualização prática.

Infere-se disso que os princípios desempenham um papel de relevo quando da construção, interpretação e aplicação do Direito. Relevância esta, que leva à constatação de que devam ser observados quer na elaboração das leis, quer nas fases em que o direito é interpretado e aplicado. Tanto o legislador, quanto o aplicador do direito, são destinatários de princípios no exercício de suas respectivas funções, seja aquele, constitucional ou infraconstitucional, ou este, administrador ou juiz.

### 1.3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Desde a elaboração de nossa primeira Constituição, datada de 25 de março de 1824, o princípio da igualdade existe no constitucionalismo brasileiro e, a partir de então, foi sempre previsto em nossas cartas constitucionais.

Já no tempo imperial a igualdade era um pilar normativo do sistema jurídico posto. Nada obstante, o *dever-ser* constitucional não guardava consonância com o *ser* real. Nessa primeira fase do constitucionalismo brasileiro, o princípio estabelecido no art. 179, incisos XIII a XVII, da Carta de 1824<sup>6</sup>, coexistia com a escravidão. Tratava-se, portanto, de uma visão estritamente formal.

Com o advento da Constituição Republicana de 1891, elaborada sob a inspiração dos movimentos revolucionários da América do Norte e principalmente da Revolução Francesa, o princípio da igualdade ganhou nova roupagem ainda que, tratado tão só numa concepção formalista. Enunciado no art. 72 § 2º da referida Carta<sup>7</sup> trouxe expressa em seu bojo a preocupação com a proibição dos privilégios baseados no nascimento, e com a extinção das ordens honoríficas e das vantagens a ela inerentes.

---

<sup>6</sup> [...] XIII. A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um; XIV. Todo cidadão pode ser admitido para os Cargos Públicos Cíveis, Políticos, ou Militares, sem outra diferença, que não seja dos seus talentos, e virtudes; XV. Ninguém será exempto de contribuir para as despesas do Estado em proporção dos seus haveres; XVI. Ficam abolidos todos os privilégios, que não forem essencial, e inteiramente ligados aos Cargos, por utilidade pública; XVII. À excepção das Causas, que por sua natureza pertencem a juízos particulares, na; conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Comissões especiais nas Causas cíveis, ou crimes.

<sup>7</sup>Art. 7 § 2º - Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríferas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliários e de conselho.

A Carta de 16 de julho de 1934, tal como a de 1981, tratou do princípio em seu art. 113, 1, todavia, concedeu-lhe um maior detalhamento ao referir-se à vedação dos privilégios e das distinções<sup>8</sup>. De forma expressa, a Carta de 1934 determinou a não existência de privilégios e de distinções motivados pelos fatores “nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crença religiosa ou idéias políticas”.

Para Rocha (1990, p.64) a Constituição de 1934 representa uma mudança nos rumos do constitucionalismo brasileiro, a uma, pelo ineditismo de trazer a antecedência do princípio da igualdade a qualquer outro princípio, lugar concedido na carta de 1891 ao princípio da liberdade, e, a duas, por ser o único texto constitucional que se insurge contra a questão da riqueza como fonte dos privilégios e das distinções cuja vedação é pretendida.

Por outro lado, a Constituição de 1937, gerada nas entranhas da ditadura militar, simplificou os termos do enunciado do princípio da igualdade, referindo-se no art. 122, § 1º apenas à igualdade de todos perante a lei sem se pronunciar quanto aos impeditivos expressos na carta anterior<sup>9</sup>.

A Carta de 1946 não trouxe nenhuma inovação no que tange à igualdade, se limitando a repetir em seu art. 141 § 1º, o disposto no art. 122 § 1º da Carta de 1937. Dito de outra forma, a igualdade continuou sendo tratada com o mero enunciado de que “todos são iguais perante a lei”<sup>10</sup>. Vale dizer que, até a Carta de 1946, apenas o aplicador do direito era destinatário do princípio em questão, todavia, Rocha (1990, p. 65) pondera que o entendimento doutrinário da época ampliou-lhe o conteúdo por duas razões, quais sejam: por considerar que também

---

<sup>8</sup> Art. 113, 1 - “Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideais políticas”.

<sup>9</sup> Art. 122 § 1º - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual, e à propriedade, nos termos seguintes: todos são iguais perante a lei.

<sup>10</sup> Art. 141 §1º- A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à vida, à liberdade, à segurança individual, e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º todos são iguais perante a lei.

o legislador lhe estava sujeito e ainda por entender que devia lhe ser dado um sentido mais comprometido com as necessidades sociais.

Tratado na Lei Fundamental de 1967, sob o enunciado do art. 150 § 1º, e posteriormente na emenda constitucional n.1/69, o princípio igualitário voltou a conter expressamente a proibição dos atos discriminatórios baseados nos critérios sexo, raça, credo, trabalho e convicção política. Destaque foi dado ainda à discriminação por força do critério “raça”, admitindo-lhe punição.<sup>11</sup>

Na Constituição Democrática de 05 de outubro de 1988 a questão da igualdade é tratada com um ineditismo salutar. Desde o preâmbulo é possível deparar-se com ela dentre os valores que nortearam os constituintes quando da elaboração da Constituição, sendo posta ainda, de uma forma dispersa, em todo seu texto. “Pela primeira vez, na história constitucional brasileira, a igualdade comparece ao Preâmbulo de uma Carta Magna como princípio determinante da elaboração que a seguir é posta como sistema normativo fundamental”. (ROCHA, 1990, p.67)

Nada obstante, o princípio assume posição de destaque dentro do próprio texto constitucional, ao determinar no art. 5º, “caput”, o tratamento igualitário “perante a lei” complementando seu enunciado, com a expressão “sem distinção de qualquer natureza”<sup>12</sup>.

Nesse sentido, há de ser feita uma observação: existe divergência doutrinária entre o direito estrangeiro e o direito pátrio, no tocante ao sentido dado à expressão “igualdade perante a lei”, ainda que, para alguns, seja uma distinção

---

<sup>11</sup> Art. 150 § 1º - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual, e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º - todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.

<sup>12</sup> Art. 5º “caput” – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes;

meramente retórica, irrelevante no que se refere a implementação do princípio da igualdade<sup>13</sup>.

Vigora na doutrina estrangeira o entendimento de que a expressão “igualdade perante a lei” refere-se apenas a igualdade formal restringindo-se ao interprete e aplicador da lei, enquanto, o termo “igualdade na lei” equivale à igualdade material e seria de observância do próprio legislador.

Todavia, para o direito brasileiro está consolidado, doutrinária e jurisprudencialmente, que o uso da expressão abrange os dois sentidos que lhe são dados na doutrina estrangeira, ou seja, refere-se à igualdade perante a lei e na lei<sup>14</sup>. A colocação é pertinente para ressaltar que o enunciado previsto no art. 5º “caput” da carta brasileira, ainda que em termos literais se refira à igualdade formal, tem por destinatários tanto a legisladores quanto a aplicadores da lei ao caso concreto.

Afora isso, é possível se deparar também com outros corolários do princípio, alguns dos quais “podem ser direitos especiais de igualdade ou podem ser reconduzidos a direitos, liberdades e garantias” (TABORDA, 1998, pp.251-262). A título de exemplo: a igualdade entre homem e mulher nos termos da constituição (art.5, I CF/88); ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art.5º, II CF/88), a igualdade do sufrágio, nos termos da lei (art.14 CF/88); igualdade no acesso à função pública por meio de concurso (art.37, I CF/88), etc.

A Constituição admite ainda uma igualdade atrelada à proporcionalidade, por exemplo, ao se referir às especiais condições de trabalho dispensadas as mulheres grávidas (arts.7º, XVIII, XX, XXIII, XXXIII CF/88); ao tratamento

---

<sup>13</sup> “Já que em ambas se verificam, de uma forma ou de outra, como destinatários do princípio da isonomia, quer aqueles que aplicam a lei, quer aqueles que a elaboram, havendo, pois uma dupla destinação do comando, que assegura a vedação da concessão de privilégios a uns em detrimento de outros (isonomia na elaboração da lei), bem como uma aplicação igual para todos” (SILVA, 2003, p.48).

<sup>14</sup> Nesse sentido: SILVA, Fernanda Duarte Lopes. **Princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2003. pp. 42-48 e o MI n.167 58-1 DF. Relator Min. Celso de Mello.

preferencial concedido à empresas brasileiras de capital nacional na aquisição de bens e serviços (art. 171, § 2º CF/88); à proteção das crianças órfãs e abandonadas (art. 227, § 3º, VI CF/88), etc.

Traz ainda imposições de igualdade social, tais como, a promoção da democratização da educação e da cultura (arts. 205 e 215 CF/88) e a orientação do desenvolvimento econômico e social com vistas a um crescimento equilibrado e da erradicação da pobreza, marginalização e desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III; 170, VII; art. 174 e art. 193, todos da CF/88) e, por fim, imposições de medidas de ação afirmativa, por exemplo, ao estabelecer a reserva percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (art.37,VIII CF/88).

Taborda (1998, pp.251-262) ao explicar acerca da extensão do princípio da igualdade no direito brasileiro, expresso no art. 5º, “caput” da Constituição expõe que o princípio da igualdade

tem posição proeminente no sistema constitucional brasileiro: penetra , informa, dá conteúdo aos demais direitos e garantias constitucionais, não sendo aleatório que o art. 5º, “caput”, da CF de 1988 – ‘Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:’ – enuncie ‘ a isonomia antes mesmo e à frente da discriminação dos direitos e garantias fundamentais que a institui’.

E segue:

Consoante esse dispositivo constitucional, se agrega a própria igualdade como um dos direitos que a lei deve garantir a todos igualmente, encampando-se, além da igual aplicação da lei, um conteúdo igual da legislação. A isonomia vem concebida como um dos conteúdos necessários à legalidade [...]

Noutras palavras o princípio da igualdade assume atualmente fundamental importância no cenário jurídico brasileiro “tem o sentido da imprescindibilidade de se lhe conferir atenção e eficiência na dinâmica da formulação e da aplicação do direito brasileiro para que a justiça material venha a ser uma realidade criada pelo sistema jurídico e não uma mentira por ele mantida” (ROCHA, 1990, p.62).

Eis, em linhas gerais, a trajetória do princípio da igualdade na história constitucional brasileira, tomando por base as lições de Carmen Lúcia Antunes Rocha e Maren Guimarães Taborda.

#### 1.4 O ALCANCE E AS FACES DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE.

Dos ideais revolucionários de 1789 à pretensão de igualdade fática nos atuais dias, não há como negar que foi longo o caminho percorrido pelo princípio da igualdade. Um “caminhar” de mais de dois séculos que acabou por alargar-lhe o alcance e imprimir diferentes faces à sua significação primeira.

Entendido, sob a influência do liberalismo, “como poderoso instrumento de reação contra os privilégios sociais e contra a hierarquização das classes sociais” (SILVA, 2003. p.33), o princípio da igualdade assumiu, em sua gênese, a idéia de que os homens não apenas nasciam, mas também, se mantinham absolutamente iguais em direitos durante toda vida, como se encontrados acima das diversificadas e complexas questões sócio-econômicas e culturais certamente havidas à época.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Há quem diga que a consciência da desigualdade existia, mas, ia de encontro aos interesses do homem burguês da época e por tal razão não interessava àqueles detentores do poder. “a

Consagrado no art. 1º da Declaração Francesa sob o enunciado de que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”, o princípio da igualdade, confundia-se com a submissão do homem, naturalmente igual e individualmente considerado, a uma lei genérica e abstrata. E foi com esse sentido propagado pelas Declarações e Constituições surgidas a partir de então.

A título exemplificativo, a Constituição Imperial Brasileira de março de 1824 enunciava no § 2º do art. 72, *in verbis*: “Todos são iguais perante a lei. A república não admite privilégio de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honoríferas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliários e de conselho”.

É lição de Canotilho (1993, p. 381) que a “igualdade perante a lei confundia-se, de certo modo, com o princípio objetivo da prevalência da lei: obediência das autoridades (judiciais e administrativas) ao acto de decisão (estruturalmente considerado igualitário) dos representantes do povo”, o que é compreensível, haja vista que se considerados como absolutamente iguais não havia porque se falar em um tratamento diferenciado que os distinguisse na aplicação da lei, bastando que fossem atingidos de igual forma pela lei.

Com o passar do tempo e iluminado pelo momento histórico atravessado, o princípio ganhou novos contornos, agregou novas significações, calcadas, respectivamente, em ideais democráticos e sociais, de não-discriminação e de eliminação de desigualdades fáticas injustificadas por meio de um tratamento diferenciado.

O homem, até então individualmente examinado, passou a ser percebido também em sua sociabilidade, ou seja, em sua relação com os outros de sua espécie. A individualidade abstrata deu lugar às singularidades, às especificidades. Tornou-se patente que, se comparados entre si, os homens eram ao mesmo tempo iguais e desiguais, e assim considerados, razão havia para que fossem levadas em

---

‘ignorância’ de tal realidade, em verdade, era fruto tão somente da conveniência da classe dominante, que apenas tinha por pretensão resguardar o seu Status.” (BELLINTANI, 2006. p.21).

conta as diferenças entre eles quando da aplicação da lei. Em outros termos, a igualdade absoluta foi flexibilizada.

Não bastasse a percepção de que as diferenças existiam, entendeu-se também que não raras vezes “funcionavam” como um gerador de discriminações e/ou concessões de privilégios, e se passou a vislumbrar a exigência de vedá-los. E o princípio da igualdade absorve a idéia de não-discriminação, comportando expressamente em seu enunciado a proibição de discriminar.

Notou-se mais tarde que tal proibição, ainda que expressa, não dissipava, por si só, a desigualdade existente entre os homens, ao revés, determinava ao poder público apenas um combate a atitudes discriminatórias, um agir negativo, e este por sua vez não inspirava nenhuma medida que mitigasse as discrepâncias sociais entre os indivíduos (BELLINTANI, 2006, p. 22).

No dizer de Dray citado por Gomes (2001, p.3)

[...] paulatinamente, porém, a concepção de uma igualdade puramente formal, assente no princípio da igualdade perante a lei, começou a ser questionada, quando se constatou que a igualdade de direitos não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados. Importaria, pois, colocar os primeiros ao mesmo nível de partida.

Diante disso, novamente o princípio em questão teve sua amplitude alargada. Somou-se à idéia de não-discriminação o entendimento de que para se eliminar as desigualdades injustificadas existentes entre os indivíduos, deveria ser imposta pela lei e na lei uma obrigatoriedade de diferenciação que, tratasse igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigualassem.

Como que postos em grupos ou categorias, considerado o contexto sócio-econômico em que se encontravam submersos e/ou a partir de suas

características próprias, os indivíduos, poderiam e deveriam ser diferenciados na lei e pela lei com base nas diferenças havidas.

O que antes consistia na igual e absoluta submissão dos homens a uma lei genérica e abstrata, passa a obrigar também uma diferenciação de tratamento para grupos de indivíduos comparativamente desiguais, na exata medida de suas desigualdades, com o fim de se terem exterminadas ou ao menos mitigadas as reais desigualdades entre eles.

Dada a abrangência de sua nova extensão, o princípio assume diversas nuances. Ao lado das tradicionais faces formal e material, somam-se outras que atendem pela denominação de igualdade de oportunidade e igualdade de resultados, ou, tomando-se por base a doutrina portuguesa, respectivamente, igualdade de partida e igualdade de chegada, surgidas tendo como substrato a necessidade de realizar a face material da igualdade.

Faces distintas, mas, que ao contrário de se contraporem, eliminarem, ou suplantarem, se correlacionam, complementam e coexistem, enfim, dão nova dimensão ao princípio, tornando-o plurissignificativo para que, sendo imposto a todas as ordens sociais, compreenda suas complexas e variadas questões, em especial, no tocante à obrigatoriedade de diferenciação.

### 1.4.1 Igualdade formal e igualdade material

O princípio da igualdade foi grafado nos textos das Declarações e Constituições sob o enunciado de igualdade “perante a lei”, comportando num primeiro momento apenas uma face formal.

E, como já visto, sob esse prisma formal assumiu duas interpretações. Inicialmente, entendeu-se que no momento em que a lei fosse aplicada aos homens, deveria ser-lhes atribuído um tratamento igualitário absoluto desconsiderando as diferenças injustificáveis existentes entre eles. Atualmente, sob o prisma formal, compreende-se que, quando da aplicação da lei, a igualdade de tratamento deve ser atribuída não a todos os indivíduos indistintamente, mas, igualmente àquele grupo de indivíduos, que baseados em aspectos considerados essenciais pelo legislador para fins de diferenciação e elaboração de lei, se encontrem em situação de igualdade.

A atual interpretação para a igualdade formal exige, portanto, que indivíduos de um mesmo grupo e em situação idêntica, devem ser tratados de igual modo pelos aplicadores da lei, seja no exercício da atividade judicante ou na prática da atividade administrativa, não podendo haver tratamento desigual que beneficie ou prejudique alguém em relação aos seus comuns. Sob esse prisma, os homens devem ser equiparados entre si quando a lei é levada ao caso concreto, não cabendo ao aplicador estabelecer distinções onde o legislador não as tenha estabelecido.

Pelo enfoque da igualdade formal, a absoluta igualdade deve ser conferida no caso concreto aos indivíduos que estejam em situação idêntica e que foram

classificados<sup>16</sup> como iguais, conforme a distinção traçada em razão de aspectos considerados essenciais pelo legislador para efeitos de normalização, ainda que diferentes sob outros aspectos por ele considerados irrelevantes. Resumindo, é dentro das “categorias” criadas, e, em igual situação, que o tratamento deve ser igual.

Cabe aqui mencionar a teoria das classificações legislativas do Professor Carlos Roberto Siqueira de Castro (2003, p.381). Segundo a lição do mestre carioca, o fenômeno da criação legislativa

[...] importa inevitavelmente em classificar pessoas, bens e valores segundo toda sorte de critérios fáticos. No que respeita em especial a classificação normativa de seres humanos, são eles discriminados juridicamente com base em uma miríade de índices classificatórios, seja em razão de sua qualificação profissional, em razão do montante de sua renda, em razão da idade e assim por diante, segundo uma incontável ordem de diferenciação, para fins de atribuição, a cada pessoa, ou a grupos de pessoas, de conseqüências jurídicas as mais diversas.

A face material da igualdade também visa um tratamento igualitário entre os indivíduos, todavia, não por meio da aplicação, mas, ao revés, da elaboração da lei, ainda que, para que a igualdade fática seja alcançada a diferença deva ser realçada. É, portanto, de observância obrigatória do legislador.

Cabe ao legislador levar em conta as diferenças e as desigualdades injustificadas entre os indivíduos e proceder, quando do fenômeno de criação legislativa, as classificações que, julgadas oportunas e convenientes a partir de critérios justificáveis, imponha um tratamento legal diferenciado, com o fim de que indivíduos que sejam legalmente diferenciados possam ser faticamente igualados quando da conquista de bens sociais.

---

<sup>16</sup> Classificar significa “reduzir indivíduos, coisas ou fenômenos a grupos, tomando por base as características que apresentam em comum”. (BUENO, 2000, p. 2000).

Dito de outra forma, a face material exige a edição de leis que não apenas proibam discriminações, mas ainda, que, considerando desigualdades entre os indivíduos, assumam o conteúdo da premissa aristotélica “de que os iguais devem ser tratados como iguais e os desiguais como desiguais, na medida de suas desigualdades”.

Para Flávia Piovesan (1998, p.130) “[...] do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e singularidades [...]” e diante desse sujeito com suas realidades fáticas diversas, é permitido que existam tratamentos legais diferenciados pelo exercício da função legislativa.

Daí se dizer que o destinatário do princípio a partir dessa face material é também o legislador e não apenas o aplicador do direito, cabendo a ele, editar leis, segundo um juízo de oportunidade e conveniência e a partir de critérios justificáveis de desigualdade, que façam dos indivíduos, enquanto grupos, indivíduos sujeitos a um tratamento diferenciado e, por meio da desequiparação legal procedida, promova uma igualdade de fato.

Alexy (2002, p.388), ao tratar do princípio geral da igualdade material, coloca que sob esse aspecto a igualdade implica necessariamente numa outra questão, qual seja, a de uma correta valoração. “la igualdad material conduce, pues, necesariamente a la cuestión de la valoración correcta y, con ello, a la cuestión de qué es una legislación correcta, razonable o justa”.<sup>17</sup>

Grosso modo, a igualdade ou desigualdade que interessa para efeitos normativos é uma igualdade relativa, ou seja, sob determinados aspectos. E tomando a lição de Alexy como um dado importante no trato da igualdade material, pode-se dizer que na classificação de indivíduos e situações como iguais ou desiguais, uma escolha “correta” dos critérios de valoração se faz imprescindível, como será realçado oportunamente.

---

<sup>17</sup> Tradução: a igualdade material conduz, pois à questão da valoração correta e com ela a questão de que é uma legislação correta, razoável ou justa.

A face material vem, portanto, complementar a face formal do princípio, e implica num agir positivo do Estado elaborando leis que promovam medidas e/ou fomentem mecanismos eficazes a uma igualdade real e não meramente abstrata, visando com esse procedimento a diminuir ou exterminar desigualdades fáticas injustificadas e concretizar a dignidade da pessoa humana.

A obtenção da igualdade substancial pressupõe um amplo reordenamento das oportunidades: impõe políticas profundas; induz, mais, que o Estado não seja um simples garantidor da ordem assente nos direitos individuais e no título de propriedade, mas um ente de bens coletivos e fornecedor de prestações. (CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p.306)

#### **1.4.2 Igualdade de oportunidades e igualdade de resultados**

Atualmente, a partir da necessidade de concretizar a face material do princípio da igualdade, surgem, ao lado das faces tradicionais, duas outras inovadoras acepções. Podem ser identificadas pela denominação de igualdade de oportunidades e de igualdade de resultados, e, com o fim de dar-lhes um conceito e elucidar-lhes o sentido duas questões não de ser colocadas: A primeira referente à proliferação de direitos e a segunda, concernente à limitação de alguns bens e situações jurídicas na sociedade.

Não há dúvida de que os direitos concedidos aos indivíduos se multiplicaram ao longo dos tempos. Um breve passeio na história e evolução dos direitos fundamentais pode ratificar a assertiva sem maiores problemas.

É de fácil constatação que inicialmente os direitos atingiam os homens apenas em sua esfera individual, implicavam numa não intervenção estatal, e se esgotavam nos direitos à liberdade, à segurança e à propriedade. Posteriormente, surgiram os direitos de cunho social sob o primado da igualdade, requerendo do Estado uma postura intervencionista, e referem-se, por exemplo, as áreas da educação, do trabalho e da saúde.

Numa fase pós-guerra, vieram a lume os direitos da fraternidade, que tendo como destinatário o gênero humano, dizem respeito à questões relacionadas ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente equilibrado, à comunicação e à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade. Apareceram também os direitos fundamentados na preocupação global, pertinentes à esfera da democracia, da informação e do pluralismo, enfim, não há como negar que com o transcurso do tempo o rol de direitos se tornou muito mais extenso.

Não se questiona também que há bens sociais e situações jurídicas, que por serem escassos, não podem ser concedidos a todos aqueles que se candidatam à sua obtenção, ou que almejam o seu alcance. Por exemplo, numa sociedade capitalista não há terras para todos que gostariam de ser proprietários, não há empregos para todos os desempregados, não há leitos para todos que esperam atendimento nas redes públicas de saúde, não há vagas para todos que se candidatam em concursos públicos aos cargos e funções públicas, não há vagas na rede pública de ensino para os que desejam cursar o ensino fundamental ou médio, não há vagas nas universidades para todos os que almejam um diploma.

Com base nesses considerandos vem à tona a noção de igualdade de oportunidades e igualdade de resultados. A primeira, como a própria denominação sugere, diz respeito ao oferecimento aos indivíduos de iguais oportunidades de alcance dos bens que limitadamente existem na esfera social. Oportunidade concedida através da implementação de medidas legais, administrativas ou particulares que eliminem quaisquer obstáculos fáticos que, possam vir a impedir que em igual “ponto de partida”, os indivíduos alcancem os bens que almejam.

Enfim, a igualdade de oportunidade visa a desobstruir o caminho a ser percorrido para a persecução dos bens.

Já a segunda refere-se à possibilidade de real alcance dos bens para aqueles que por serem vítimas de preconceitos e discriminações, ainda que concorram em igualdade de oportunidades, em igual ponto de partida, em total ausência de obstáculos fáticos, não consigam adquiri-los por si só. O entendimento é de que, sendo assim, é necessário, portanto, sejam-lhes conferidas, intencionalmente, algumas vantagens no “ponto de partida” para que de fato venham a atingir o “ponto de chegada”, noutras palavras, os resultados objetivados.

Nesse esteio, tem sido entendido que caso as políticas de fomento à igualdade de oportunidades (igualdade de partida), não sejam suficientes para gerar a igualdade de resultados (igualdade de chegada), cabe implementar medidas legais, administrativas ou mesmo particulares, que baseadas numa diferenciação que discrimine positivamente, possam dar de forma imediata àqueles em situação de partida desvantajosa a igual possibilidade de aquisição de bens.

Deve ser dito, portanto, que medidas que implementem uma igualdade de resultados, devem ser tomadas em caráter subsidiário, para reforçar a possibilidade de alcance de bens quando impossível alcançá-los ainda que não haja nenhum empecilho fático para isso. É o que se observa da lição de Bellintani (2006, p.74) ao afirmar que

[...] em face da necessidade de obrigatoriedade de diferenciação, nos casos em que a fomentação da igualdade de oportunidades não for suficiente para promover uma igualdade de resultados, esta poderá ser fomentada através de discriminações positivas.

Com fulcro nesse raciocínio, pode-se dizer que surge a questão da implementação de cotas raciais para ingresso no ensino superior brasileiro sob o fundamento de

que, apesar da igual oportunidade oferecida a todos de ingressarem no ensino superior tendo concluído o ensino médio, em razão da histórica discriminação sofrida, os negros se encontram em posição de desvantagem e, tão só em razão de sua cor de pele, devem ser tratados de forma diferenciada para que efetivamente tenham o bem almejado e a que também têm direito, no caso, o acesso à universidade.

Tal questão a ser analisada posteriormente toma forma dentro da idéia de que ainda que não haja óbices fáticos, a discriminação a que estão sujeitos, leva os negros a se encontrarem em posição desvantajosa, e por tal razão importa que sejam obrigatoriamente diferenciados concedendo-lhes vantagens no “ponto de partida”.

Em síntese, ao longo do capítulo pôde-se constatar que o princípio da igualdade, absorvendo as mudanças, as necessidades e as aspirações da sociedade em cada época, deixou revelada a disparidade existente entre a visão que lhe era dada nos primeiros tempos do constitucionalismo, e, a visão atual de que a obrigatoriedade de diferenciação incorporada admite quando da feitura e aplicação das leis, um “lançar mão” de políticas intencionalmente discriminatórias, visando ao final promover a igualdade.

## **2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE E TRATAMENTO DIFERENCIADO: A DIFERENCIAÇÃO PELA ADOÇÃO DE POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA.**

Com base no capítulo anterior, é possível se chegar a conclusões imprescindíveis para o trato das políticas de ação afirmativa, em especial, no tocante a uma de suas formas de implementação, qual seja, o sistema de cotas.

Em primeiro lugar, o princípio da igualdade, surgido no campo jurídico a partir do *Bill of Right* da Virgínia, enunciado em várias Declarações de Direitos, presente em todas as Constituições do Brasil e, inicialmente observado apenas em sua vertente formal, nos dias atuais, é considerado pilar normativo de qualquer Estado ou sociedade que se diga democrática, e assume diferentes e complementares faces: as tradicionais faces formal e material e as inovadoras faces da igualdade de oportunidades e da igualdade de resultados.

Em segundo lugar, embora se enuncie que a igualdade é um direito fundamental do homem e que todos os homens sejam iguais perante a lei sem qualquer tipo de distinção, entendido está que as desigualdades fáticas injustificadas existem e que não é a mera inclusão de preceitos constitucionais ou legais num Estado específico, o fator capaz de gerar mudanças em seu cenário social, econômico, político ou cultural.

Restou claro que o Estado deve deixar sua posição de neutralidade, e atuar positivamente com o fim de promover na realidade uma igualdade de oportunidades e de resultados entre os homens, seja via elaboração ou via aplicação do direito. Nesse sentido, percebeu-se que a busca pela igualdade envolve não só a proibição de discriminação, mas também, se cabível, uma obrigatoriedade de diferenciação que, levando em consideração as diferenças

humanas, tenha por interesse mitigar ou extirpar as desigualdades injustificadas entre os indivíduos.

Em terceiro lugar é pertinente dizer que o agir positivo do Estado em prol da igualdade, muitas vezes se consubstancia em políticas ou medidas intencionalmente discriminatórias em prol dos desprivilegiados socialmente, visando dar-lhes iguais condições de alcance de bens e posições sociais, colocando-os numa mesma posição de partida daqueles que sempre foram vistos como detentores de privilégios.

Esta última colocação leva à compreensão de que, o vocábulo “discriminar”, definido como discernir, separar, distinguir e estabelecer diferenças, por si só, não possui um cunho negativo ou positivo, pelo contrário apresenta um conteúdo semanticamente neutro, e, portanto, capaz de agregar uma significação negativa ou positiva.

De outro modo, o vocábulo “discriminar” não necessariamente se restringe à idéia negativa que de forma imediata vem à mente quando a palavra é ouvida, e que é nutrida por preconceitos e estereótipos traçados com base em critérios de gênero, sexo, raça, idade e compleição física, dentre outros.

Nas palavras de Gomes (2001, p.18), a discriminação assume sentido negativo quando “insistir em apontar ou inventar diferenças, mediante atividade intelectual voltada à legitimação de uma agressão ou de um privilégio“, ou, na lição de Cruz (2005, p.29), “a discriminação ilícita é uma conduta humana (ação ou omissão) que viola os direitos das pessoas com base em critérios injustificados e injustos, tais como a raça, o sexo, a idade, a opção religiosa e outros”.

Discriminação negativa é, por exemplo, aquela conceituada no art. 1º da Convenção Internacional sobre todas as formas de Discriminação Racial, e que deve ser combatida por abranger distinções baseadas em critérios injustificáveis que tenham por escopo anular ou prejudicar, o reconhecimento, o gozo e o

exercício em paridade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais em diversificadas esferas sociais.

[...] toda distinção, exclusão, restrição ou preferência, baseada em raça, cor de pele, descendência, origem nacional ou étnica, que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida Pública.<sup>18</sup>

Todavia, embora haja o cunho negativo/ilícito, altamente disseminado no imaginário e nas ações sociais sob a forma intencional ou por impacto desproporcional<sup>19</sup>, e que deve ser legalmente e socialmente combatido, o direito pode lançar mão do conteúdo neutro da palavra para conferir-lhe também licitude e positividade, dando-lhe a chancela da legitimidade. E o faz em várias hipóteses.

Gomes (2001, pp. 21-22) apresenta como hipóteses de discriminação legítima aquelas decorrentes do “*business necessity*”, ou seja, provenientes das exigências especiais de um tipo de atividade a ser desempenhada ou de características pessoais dos indivíduos envolvidos, e também, o tratamento diferencial favorável dispensado àqueles que historicamente sejam vítimas de discriminação no sentido negativo da palavra.

Cruz (2005, p.21) alia às duas formas de discriminação legítima, acima referidas, a discriminação imposta por força da Constituição, considerando-a lícita seja por via direta, tal como a proteção da ordem econômica e financeira aos hipossuficientes, seja por via excludente, como é o caso do art. 93, V CR, que trata da

---

<sup>18</sup> A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965 foi promulgada no Brasil em 08 de dezembro de 1969 por meio do decreto nº 65.810 publicado no DO de 10 de dezembro de 1969. Integra o chamado Sistema de Proteção Internacional de Direitos humanos.

<sup>19</sup> Proveniente do direito americano, nesse sentido não há que se falar em intencionalidade bastando que a resulte de prática empresarial e de política governamental ou semi-governamental nos âmbitos legislativo e executivo, efeito nocivo e desproporcional sobre certos grupos de pessoas.

aposentadoria compulsória do magistrado, onde “a ‘violência’ contra a liberdade individual de trabalho justifica-se por argumentos ligados à idéia da necessária renovação/oxigenação dos quadros estatais, permitindo que novas gerações possam dar sua contribuição na vida pública”.

Vê-se, portanto, que a discriminação positiva/lícita/legítima pode se compatibilizar e não raramente contribuir com a efetivação da igualdade se justificadamente e racionalmente adotada. É essa a lição de Caluppo, citado por Cruz (2005, p.16), para quem a “discriminação é compatível com a igualdade se não for, ela também, fator de desigualdade injustificável racionalmente. E, mais que isso, a discriminação é fator que pode contribuir para a idéia de igualdade”.

Tais observações são devidas, pois é nesse cenário de necessidade de intervenção na realidade e de possibilidade de uma aferição positiva ao sentido da palavra “discriminação”, que se inserem as políticas de Ação afirmativa, vez que, com o fim último de gerar maior inclusão social das minorias<sup>20</sup> e maior igualação geral, em algumas de suas formas de aplicação imprimem de fato uma diferenciação positiva ao tentar tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. É o que se dá, por exemplo, nas ações afirmativas que são implantadas sobre a forma de cotas raciais<sup>21</sup> para ingresso de negros nas universidades brasileiras.

Antes, porém, de tecer considerações a essa modalidade específica de ação afirmativa importante trazer algumas noções do universo no qual se encontram.

---

<sup>20</sup> O emprego da palavra “minorias” nesse trabalho não é usado no sentido quantitativo, mas, para qualificar aqueles grupos de indivíduos que possuem efetivados um cabedal menor de direitos, por não fazerem parte da parcela política, econômica e socialmente dominante, embora, muitas vezes, não correspondam quantitativamente a um contingente numericamente pequeno, pelo contrário, por vezes podem representar um maior número de pessoas na composição global da sociedade, como no caso das mulheres ou dos considerados negros na sociedade brasileira.

<sup>21</sup> O emprego do termo “raça” será utilizado nesse trabalho com sentido de construção social. Como um critério de classificação e identificação social para construir, manter e reproduzir diferenças e privilégios, tendo em vista que, biologicamente, inexistem raças humanas distintas. Nesse sentido é que Leila Pinheiro Bellintani, diz que “[...] não se há de falar na existência de várias raças já que todos os indivíduos pertencem a uma única raça, qual seja, a raça humana. Não obstante, sociologicamente o termo raça tem sido utilizado com o escopo de deixar asseverada a existência de desigualdades em função da tonalidade da pele de determinadas categorias de pessoas”. (Ações Afirmativas e os princípios do direito..., p. 197)

Ainda que sem a devida profundidade, impende abordar tais políticas de uma forma generalizada em questões referentes à sua origem, desenvolvimento, conceito, fundamentos, modalidades e objetivos, para num momento posterior e com base em idéias mais sedimentadas, responder se quando implantadas sob a forma de cotas raciais para negros ingressarem no ensino superior, tendo como pano de fundo a realidade brasileira, elas promovem ou violam o princípio da igualdade.

## 2.1 CONCEITO DE AÇÃO AFIRMATIVA

Hodiernamente entende-se por ação afirmativa uma gama de políticas, estratégias e mecanismos legais e administrativos, de caráter temporário, que podem existir tanto na área pública quanto privada, e que se presta a promover maior igualdade “no mundo da realidade” por incluir socialmente, nas mais variadas esferas, os grupos que desprivilegiados e discriminados, por fatores como o sexo, a raça, a opção sexual e a compleição física, são destinatários de desiguais oportunidades e resultados quando da competição travada entre os indivíduos pela conquista de bens e situações sociais escassas.

A implementação de ações afirmativas é vista, portanto, como uma possibilidade de real ascensão e desenvolvimento desses grupos, à medida que os trata considerando-os desigualmente em suas desigualdades, levando em conta as “condições fáticas, econômicas e certos comportamentos inevitáveis da convivência humana, como é o caso da discriminação” (GOMES, 2001, pp.43-82). De outra forma, na seara das políticas de ação afirmativa, a igualdade de

oportunidade e de resultado é oriunda do tratamento diferenciado oferecido pelas normas jurídicas tanto no momento da feitura da lei quanto no instante de sua aplicação ao caso concreto.

Para Cruz (2005, p.143), de forma generalizada, tais políticas devem ser entendidas como “[...] qualquer iniciativa tendente à promoção da integração, do desenvolvimento e do bem estar das minorias”.

Vida (Apud, BELLINTANI, 2006, pp.48-49) lhe reconhece dois sentidos, um de caráter mais genérico, a partir de definição dada pela Comissão norte-americana de Direitos Civis, e, outro mais específico. Naquele, refere-se a quaisquer medidas adotadas para corrigir ou impedir novas discriminações, neste, trata-se de políticas específicas que concedem determinadas preferências aos indivíduos pela simples pertença a algum grupo minoritário.

Por affirmative action (acción afirmativa) se entiende, según la genérica definición dada por la comisión norteamericana de Derechos Civiles, cualquier medida, más Allá de la simple terminación de una práctica discriminatória, adoptada para corregir o compensar por una discriminación presente o pasada o para impedir que la discriminacion se reproduzca em el futuro. Em sentido estricto, el término acción afirmativa hace referencia a aquellas políticas que adjudican determinadas ventajas o preferências em función explicitamente de la pertenencia a um determinado grupo definido por um cierto rasgo transparente e imutable.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Tradução: Por ação afirmativa (ação afirmativa) se entende, segundo a definição genérica dada pela comissão norteamericana de Direitos Civis, qualquer medida, além da simples terminação de uma prática discriminatória, adotada para corrigir ou para compensar por uma discriminação presente ou passada ou para impedir que a discriminação se reproduza no futuro. Em sentido estrito o termo ação afirmativa faz referência àquelas políticas que dão determinadas vantagens ou preferências em função especificamente de pertencer a um determinado grupo definido por um certo traço transparente e imutável.

Gomes (2001, p. 41) sintetiza seu conceito dizendo tratarem-se

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.

Na lição de Menezes (2001, p.27)

É um termo de amplo alcance que designa o conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade em razão, na maior parte das vezes, da prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas. [...] buscam eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que eles sejam neutralizados, o que se realiza por meio de providências efetivas em favor das categorias que se encontram em posições desvantajosas.

Kaufmann (2007, p. 220) as vê como

Instrumento temporário de política social, praticado por entidades privadas ou pelo governo, nos diferentes poderes e nos diversos níveis, por meio do qual se visa a integrar certo grupo de pessoas à sociedade, objetivando aumentar a participação desses indivíduos sub-representados em determinadas esferas, nas quais tradicionalmente permaneceriam alijados por razões de raça, sexo, etnia, deficiências física ou mental. Procura-se, com tais dispositivos, promover o desenvolvimento de uma sociedade plural, diversificada, consciente, tolerante às diferenças e democrática, uma vez que concederia espaços relevantes para que as minorias participassem da comunidade.

Para Bellintani (2006, p.47)

São definidas como mecanismos legais temporários, que tem por escopo fomentar a igualdade substancial entre os membros da comunidade que foram socialmente preteridos, valendo-se, para tanto, da possibilidade de inserir discriminações positivas, no sentido de tratar desigualmente os desiguais, para que estes possam alcançar o mesmo nível, patamar ou status social que os demais membros da comunidade.

Já em Ferreira Filho (2006, p.115):

São elas distinções no sistema normativo, em benefício de grupos determinados – negros, mulheres, etc. -, que visam a equipará-los (igualá-los) a grupos outros que servem de padrão de referência. [...] Justificam-se tais distinções pela finalidade de igualar e não desigualar, mas igualar corrigindo tratamentos discriminatórios [...] Refletem elas a idéia do tratamento desigual dos que se apresentam desiguais na sociedade.

## 2.2 O DESENVOLVIMENTO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E NO BRASIL.

Em que pese a atual amplitude do termo “ação afirmativa”, a expressão surgiu com um conteúdo mais restrito em 1935 nos Estados Unidos da América, a partir de uma disposição redigida no Ato Nacional das Relações de Trabalho, tendo por fim coibir a repressão de empregadores aos membros dos sindicatos. Em princípio, aludia à hipótese de que o indivíduo que houvesse sido discriminado

fosse novamente inserido na posição laboral que deveria, ou, poderia ocupar caso não tivesse sido objeto de discriminação. (BELLINTANI, 2006, p.44)

Todavia, na concepção que lhe é dada atualmente, como mecanismo de inclusão social e igualação geral, o termo foi tratado pela primeira vez na década de 60, também no Estado norte-americano, tendo como pano de fundo o momento histórico que o país atravessava, qual seja, um momento de reivindicações por direitos civis e pelo engajamento do movimento negro na luta pelo fim da segregação racial.

O sistema de segregação racial norte-americano, existente à época em especial nos Estados sulistas que por terem sido alvo de uma colonização mercantilista justificaram o trabalho escravo desenvolvendo uma espécie de ideal de superioridade racial (KAUFMANN, 2007, p.129), se consubstanciava num sistema institucionalizado tanto por meio de leis quanto por meio de decisões da Corte Suprema americana.

Por um lado, as leis segregacionistas fixaram no território estadunidense espaços diferenciados para brancos e negros. Kaufmann (2007, pp.136-138) em reflexão sobre as conseqüências absurdas desse sistema institucionalizado, elenca um rol extenso e variado de leis segregacionistas espalhadas pelo território estadunidense.

A conseqüência desse perverso sistema não poderia ter sido diferente: a criação de duas sociedades paralelas, a dos brancos e a dos negros, que não podiam dirigir nas mesmas estradas, sentar nas mesmas salas de espera, usar os mesmos banheiros ou piscinas, comer nos mesmos restaurantes, ou assistir a peças nos mesmos teatros.

E segue no tocante as leis:

[...] do Estado do Alabama: “*Enfermeiras* - Nenhuma pessoa ou corporação pode requerer uma enfermeira para trabalhar em departamentos ou em quartos de hospitais, tanto públicos como privados, nos quais homens negros estejam estabelecidos; *Ônibus* – Todas as estações de passageiros neste Estado operados por empresa de transporte motor devem ter salas ou pontos de espera separados e tíquetes em janela separados para brancos e raças de cor; *Restaurante* – será ilegal conduzir um restaurante ou outro lugar que sirva comida na cidade no qual brancos e pessoas de cor sejam servidos no mesmo cômodo, a não ser que os brancos e as pessoas de cor sejam efetivamente separados por uma sólida divisória estendida desde o chão até a distância de 2 metros ou mais a não ser que seja providenciada uma estrada separada na rua para cada compartimento”. [...] na Flórida: “*Casamentos entre Raças* – todos os casamentos entre uma pessoa branca e um negro ou então entre uma pessoa branca e um negro descendente até a quarta geração, inclusive, são por meio desta lei para sempre proibidos; *Educação*: as escolas para crianças brancas e crianças negras devem ser administradas separadamente.

Por outro lado, a jurisprudência proveniente da Suprema Corte ao reconhecer como legítimas e constitucionais as leis que determinavam a separação entre brancos e negros nos distintos âmbitos da sociedade contribuiu para dar força e consolidação ao sistema legal implantado.

Nesse contexto de segregação que se estendeu por toda parte, organizações contrárias à inclusão dos negros nos Estados Unidos da América ganharam proeminência, força e eficácia. Merecem destaque os “Conselhos dos Cidadãos Brancos”, surgido inicialmente no Mississippi em 1954, e a “Ku klux Klan”, que teve origem em 1866 no Tennessee e que já na década de 20 possuía 5 milhões de membros, dentre eles, senadores, prefeitos, governadores e outras autoridades. Os primeiros eram instituições não violentas que atuavam no combate a inclusão negra na sociedade pelo uso da propaganda e da pressão política. Já a segunda se caracterizava pelo emprego da violência gratuita, moral e física contra os negros. (KAUFMANN, 2007, pp.145-147).

Entretanto, se forte foi a atuação dessas organizações reforçando o sistema de segregação, forte também foi o movimento negro norte-americano, organizado com o fim de se insurgir e de opor resistência à realidade que os acompanhava desde a época da escravidão e que continuou mesmo depois que a segregação foi formalmente banida do território americano em 1954.

Podem-se destacar como referências importantes da luta negra na história americana: A *Associação Nacional para o Progresso de Pessoas de Cor – NAACP* que veio a se constituir na principal organização militante pela causa negra nos Estados Unidos, e que já na década de 60 possuía 1200 representações pelo país; a *Associação para o Melhoramento universal dos Negros – U.N.I.A* que conseguiu angariar mais de dois milhões de membros e que mantém-se ativa até os dias atuais; a *Associação dos Mulçumanos Negros* que ganhou destaque a partir das pregações de Malcom X pleiteando uma reparação do governo pelos duzentos anos de trabalho negro involuntário; as *Panteras Negras*, fundada na Califórnia em 1966 com o objetivo de lutar contra o domínio dos brancos e do capitalismo; e *Martin Luther king*, liderança da causa negra americana em uma série de manifestações pacíficas, entre elas: o boicote pacífico de 1955 contra as empresas de ônibus que pôs fim à segregação nos transportes públicos; a prática do *sit ins*, iniciada por quatro estudantes negros em 1960 na Carolina do Norte, quando entraram numa lanchonete e se sentaram em local destinado aos brancos permanecendo ali até serem atendidos e, estendida posteriormente a outros estados e outras áreas tais como piscinas, teatros e bibliotecas; e, a *Marcha de Selma* organizada em 1965 com o fim de que fosse concedido o direito de voto aos negros, o que se deu cinco meses mais tarde pelo então presidente Lyndon Johnson. (KAUFMANN, 2007, 151-158).

Vale dizer que o sistema de segregação institucionalizada foi banido formalmente do território americano em meados do século XX, mais precisamente em 17 de maio de 1954, por força da decisão proferida por unanimidade pela Suprema Corte Americana no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, que versou

sobre o problema da segregação racial nas escolas de ensino público americanas, e reviu a doutrina do “*separate but equal*”.<sup>23</sup>

A decisão foi um marco não só no direito constitucional americano, mas também na própria história da Suprema Corte dos EUA. O caso posto sob a decisão da corte suprema, tinha por fundamento o princípio da igualdade e dizia respeito ao pleito de alguns estudantes negros a vagas no ensino público em escola para brancos, indo de encontro ao que era anunciado pela política legal segregacionista americana. Restou concluído, por unanimidade, que “no campo da educação pública a doutrina dos *separados mais iguais* não tem lugar. Instalações educacionais separadas são intrinsecamente desiguais”. (MENEZES, 2001, p. 85)

A decisão proferida no caso *Brown* trouxe mudanças paulatinas no sistema de segregação institucionalizada. Foi grande a resistência encontrada e os massacres promovidos por organizações como a “Ku Klux Klan” ainda eram vistos por toda parte. Mesmo em 1964, dez anos após a decisão *Brown* ainda eram proferidas decisões sobre a constitucionalidade ou não das medidas que separavam os brancos dos negros. (KAUFMANN, 2007, p. 168).

Todavia, a partir da inédita decisão, pontual na questão da discriminação de negros, vários movimentos em prol dos direitos humanos surgiram levando à constatação de que as decisões isoladas eram insuficientes para combater o preconceito e as tensões sociais dele advindas. (MENEZES, 2001, p. 87).

Foi ainda na década de 60 que o termo “ação afirmativa” foi posto pela primeira vez em um texto oficial. O então presidente John Kennedy, dois meses após

---

<sup>23</sup> Doutrina amplamente adotada entre os anos de 1896 e 1954 nos EUA, segundo a qual era admitida na prestação de um serviço ou como critério genérico de tratamento, a separação entre brancos e negros, desde que os serviços ou tratamentos fossem ofertados dentro de um mesmo padrão. No plano jurídico a doutrina “*separate but equal*” ganhou notoriedade e se solidificou a partir do julgamento do caso *Plessy v. Ferguson*, pela Suprema Corte Americana, no qual foi debatida uma Lei do Estado da Louisiana que impunha que empresas ferroviárias oferecessem acomodações iguais, mas separadas, para brancos e negros, sob pena de responsabilidade penal e no qual, restou entendido que a doutrina em questão não violava a décima quarta emenda. (Paulo Lucena de Menezes, A ação afirmativa..., p.74-75).

assumir o poder, expediu a ordem executiva nº 10.925 por meio da qual criou a Comissão para a Igualdade de Oportunidades de Emprego (*Equal employment Opportunity Commission – EEOC*) com vistas a identificar, fiscalizar e reprimir discriminações na esfera trabalhista, recomendando que empresas contratantes com o poder público federal tivessem, em seu rol de empregados, membros pertencentes às diversas minorias marginalizadas no país, fosse por raça, sexo, credo ou nacionalidade.

[...] o contratante não discriminará nenhum funcionário ou candidato a emprego devido a raça, credo, cor ou nacionalidade. O contratante adotará ação afirmativa para assegurar que os candidatos sejam empregados, como também tratados durante o emprego, sem consideração a sua raça, seu credo, sua cor ou nacionalidade. Essa ação incluirá, sem limitação, o seguinte: emprego; promoção; rebaixamento ou transferência; recrutamento ou anúncio de recrutamento, dispensa ou término; índice de pagamento ou outras formas de remuneração; e seleção para treinamento, inclusive aprendizado. (ÍONS, apud, MENEZES, 2001, p.88).

O que se pretendia com o uso da expressão “ação afirmativa” era tão só o combate à discriminação, dito de outra forma, uma alteração na postura estatal para que de segregacionista passasse a neutra, deixando de considerar a raça como fator de segregação e não implantar medidas de inclusão propriamente ditas.(KAUFMANN, 2007, p.169)

Projetos importantes envolvendo políticas de ação afirmativa também foram aprovados pelo congresso americano durante o governo de Lyndon B. Johnson, após a morte de John Kennedy em 22 de novembro de 1963, dentre os quais, dá-se destaque ao Estatuto de Direitos Civis de 02 de julho de 1964 (*Civil Right Act* de 1964), que versa sobre uma série de medidas proibitórias da discriminação em variadas situações e diversas esferas sociais.

O Estatuto dos Direitos civis de 1964 divide-se em inúmeros capítulos, cada um deles dedicado a uma forma específica de discriminação (ie, discriminação no emprego, discriminação no acesso à educação,

discriminação residencial, discriminação religiosa, discriminação em matéria eleitoral, discriminação no emprego em razão da idade, discriminação em logradouros públicos, discriminação contra os índios, discriminação em razão de deficiência física).(GOMES, 2001, pp.51-52)

A partir de 1965 essas políticas mudaram de rumo, ou melhor, passaram a ser tomadas de forma mais incisiva visando ao combate da discriminação. A postura estatal passou a ser mais agressiva, indo do mero banimento das práticas discriminatórias ao estabelecimento de medidas efetivas em favor das minorias discriminadas, tendo por escopo corrigir as desigualdades entre estas e o restante da população, e promover, nas mais variadas searas, uma maior representação das mesmas, refletindo com isso a diversidade de pessoas e culturas retratadas na sociedade.

Com base na idéia de que os gastos públicos deveriam servir às causas de interesse coletivo, o governo federal valendo-se da “*spending clause*”<sup>24</sup> americana, numa espécie de barganha com os recursos públicos, passou a estabelecer, que na celebração de qualquer contrato com a administração, as empresas ou entidades educacionais contratassem minorias em percentuais satisfatórios e lhes oferecesse condições de ascensão na carreira. (GOMES, 2001, pp.53-54)

Em 24 de setembro de 1965, com a edição da ordem executiva nº 11.246, a discriminação e a desigualdade nela originada, passaram a ser avaliadas a partir de políticas governamentais positivas, que se disseminaram por todo o aparato estatal e migraram inclusive para o setor privado. (MENEZES, 2001, pp.91-92)

Não tardou muito para que, em 24 de setembro de 1965, fosse editada a Executive Order n.11246, exigindo que os contratantes com o governo federal não apenas banissem práticas discriminatórias, mas dessem um passo além, estabelecendo medidas efetivas em favor de membros de minorias étnicas e raciais, de várias formas (recrutamento, contratação,

---

<sup>24</sup> Refere-se à cláusula de dispêndio americana que pressupõe os gastos de recursos públicos para causas de interesse coletivo. Nesse sentido: Joaquim B. Barbosa Gomes, Ação afirmativa e os princípios do direito, p. 52.

transferência, níveis salariais e benefícios indiretos, promoção, treinamento etc.), com o escopo de corrigir as iniquidades decorrentes de discriminações presentes ou passadas. [...]

E segue:

Apesar de os resultados alcançados não terem sido plenamente satisfatórios, a Executive Order n. 11246 reveste-se de um grande significado histórico, pois é a partir de seu surgimento que os programas voltados para o combate das desigualdades sociais com base em condutas positivas crescem em importância e passam a ser avaliados sob a ótica de políticas governamentais, o que viria a sedimentar o conceito que se tornou conhecido por Ação afirmativa.

Embora algumas medidas estivessem sendo tomadas com o fim de extirpar ou mitigar a segregação racial, os movimentos opositores a elas continuavam expondo sua opinião e de igual forma a reação do movimento negro também acontecia, gerando com isso manifestações violentas que irromperam por toda parte e difundiram o medo e o caos social.

Dado a isso, coube também a Lyndon B. Johnson em 1967 criar a Comissão Nacional Executiva da Desordem Civil (*National Advisory Commission on Civil Disorders*) que teve por missão identificar as raízes do problema racial americano bem como tentar encontrar formas aptas e rápidas para resolvê-lo, apresentando relatório final no sentido de que o governo desse início a amplos programas sociais em áreas como a educação, a moradia e o emprego. (KAUFMANN, 2006, pp.172-174)

A mudança na postura estatal ganhou notoriedade dentro e fora do território americano. Convenções e tratados internacionais foram celebrados, dentre os quais, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de

Discriminação Racial de 1968, ratificada no Brasil em 08 de dezembro de 1969 por meio do decreto nº 65.810.

Em 1971, já com o então presidente Nixon, outro ponto importante dentro da idéia de evolução das ações afirmativas foi introduzido no ordenamento americano. Consistiu no Plano Filadélfia (*Philadelphia Plan*) criado com a finalidade de corrigir os problemas referentes à discriminação de mulheres e de outros grupos minoritários no mercado de trabalho e nas instituições de ensino público e privado, obrigando para tanto, que aqueles que contratassem com o governo federal, desenvolvessem programas anuais de ação afirmativa, cumpridos a partir de metas numéricas.

Percebe-se que, embora surgidas com o fim de tentar reverter os efeitos da segregação racial americana institucionalizada pelas leis e decisões da Suprema Corte as políticas de ação afirmativa passaram a ser vistas como instrumento de correção de discriminação, inclusão e igualação de outras minorias.

Segundo Sell (2002, p.10), como parte do *Philadelphia Plan*, em 1972 as leis americanas foram modificadas para que critérios como raça e sexo pudessem ser considerados positivamente, invertendo o sentido a que historicamente tinham servido.

Nada obstante, casos judiciais como, *DeFunis v. Odegaard*<sup>25</sup> (1974) e *Regents of The University of Califórnia v. Bakke*<sup>26</sup> (1978), ambos referindo-se a políticas de

---

<sup>25</sup> O caso é datado de 1971, e refere-se a uma demanda nascida em razão do procedimento de admissão da Faculdade de Direito da Universidade de Washington, pelo qual, o ingresso de candidatas pertencentes aos grupos minoritários e ao grupo majoritário, era tratado diferentemente. Enquanto estes passavam por uma triagem prévia de caráter eliminatório, aqueles eram considerados por uma comissão formada por um professor negro e um professor branco, que já tivessem ensinado em programas de ajuda a estudantes negros. *DeFunis*, judeu, não foi admitido no curso de direito, embora suas notas bem como seu histórico escolar, pudessem tê-lo admitido se fosse um negro, filipino, chicano ou índio americano. Por tal razão, argumentou na suprema Corte americana que o procedimento de admissão adotado pela referida faculdade, violava os direitos que a décima quarta emenda lhe assegurava. O mérito do caso não chegou a ser julgado, vez que seu autor fora admitido na faculdade após decisão de um tribunal inferior. A Corte entendeu que sua decisão não teria conseqüência prática. Voto dissidente: Juiz Douglas – para o qual a Corte deveria ter apoiado a reivindicação de *DeFunis* com base no seu mérito. (DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. p. 343-346).

cotas na seara educacional de nível superior, repercutiram na opinião pública e fizeram com que essas específicas políticas de ação afirmativa tivessem sua legalidade questionada no território americano.

A partir de 1981 com o governo Reagan, “a postura da casa branca passou a sugerir discretamente o esgotamento das medidas de ação afirmativa” (SELL, 2002, p.11). No mesmo sentido Kaufmann (2007, pp.177-178) esclarece que

Pode-se afirmar que até a década de 80 proliferaram medidas afirmativas, cuja eficácia, muitas vezes, decorreu de decisões proferidas pela Suprema Corte. No entanto, a partir dos governos Reagan (1981-1989) e Bush (1989-1993) tais programas foram sendo reduzidos sensivelmente. Este retrocesso também se fez perceptível nas decisões da Suprema Corte [...]

E segue:

Atualmente, a adoção de ações afirmativas vem se enfraquecendo nos Estados Unidos. A limitação pode ser observada tanto por meio de uma política restritiva desenvolvida no atual governo Bush, como também pela eleição do exame judicial rigoroso no que tange às medidas positivas no âmbito do judiciário [...] além disso, a sociedade organizada vem se manifestando com frequência no sentido de não mais suportar políticas de benefícios para grupos determinados[...].

---

<sup>26</sup> O caso refere-se à demanda nascida em razão da adoção pela Universidade de Medicina da Califórnia de política de ação afirmativa que destinava 16% de suas vagas a estudantes de grupos discriminados permitindo que candidatos negros concorressem tanto às 84% das vagas restantes quanto aos 16% da seleção especial. Um estudante branco (Alan Bakke) em face de tal adoção ajuizou ação arguindo a inconstitucionalidade da medida em face da violação do princípio da igualdade (14ª emenda e Título VI da Lei de Direitos Civis). Com base no caso a Suprema Corte Americana concluiu que, no caso concreto, a política violava a 14ª emenda, todavia, reconheceu que a raça poderia ser um dos critérios a serem observados quando do processo seletivo no ensino superior, estabelecendo que, para tanto, deveriam ser cumpridos todos os requisitos/limites legais dentre eles, a necessidade da medida. Nesse sentido. Joaquim Barbosa Gomes, Ação afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade, p. 247, Leila Pinheiro Bellintani, Ação afirmativa e os Princípios do Direito...p. 203, Ronald Dworkin, Uma Questão de princípio.

Dado recente no tocante à redução e à manifestação contrária às ações afirmativas na educação americana foi veiculado em 28/06/2007<sup>27</sup>. Refere-se a uma nova decisão da Suprema Corte pela qual se considerou que as escolas públicas não podem valer-se de cota racial para garantir a miscigenação racial nos estabelecimentos de ensino primário e secundário dos Estados Unidos da América.

No caso, a Corte Suprema foi acionada por pais, que “contestavam as leis que regulam as matrículas nas escolas secundárias de Seattle (Estado de Washington, noroeste) e nas escolas primárias de Louisville (Kentucky, centro-leste), duas cidades onde brancos e minorias não vivem nos mesmos bairros”, sob o argumento de que as medidas seriam “tão discriminatórias quanto a política de segregação proibida pela Suprema Corte em 1954”. Conforme sentença, em decisão tomada por cinco votos a quatro, estabeleceu-se que “a procura de um objetivo pelas escolas (a integração racial) não quer dizer que elas sejam livres para empreender uma discriminação com base na raça para atingi-lo”.

Independentemente de estarem perdendo força nos Estados Unidos da América o fato é que as políticas de ação afirmativa transpuseram os limites daquele território vindo a ser adotadas em vários países, sob diferentes denominações<sup>28</sup> e formas de implementação, e, deixaram de se restringir à minoria negra, sempre com o fim último de incluir e igualar.

No Brasil, conforme se demonstrou no capítulo anterior, a questão da igualdade tratada desde a Carta de 1824 teve sua amplitude alargada com a Constituição de 1988, passando a abranger a igualdade material entre os indivíduos. Em face da consciência de que as desigualdades injustificadas existem e de que devem ser dissipadas, a Constituição Federal em vigor demonstra em seu texto a

---

<sup>27</sup> Disponível em: < [www.uol.com.br](http://www.uol.com.br) > Acesso em: 28 jun.2007.

<sup>28</sup> Por exemplo, “affirmative action” nos EUA, “discrimination positive” e “action positive” na Europa.

preocupação em se estabelecer uma igualdade de oportunidade e de resultados na sociedade brasileira.

É isso o que se depreende das normas emanadas dos arts. 1º a 4º da Constituição traduzidas como os objetivos e fundamentos da República Brasileira. Elucidando, tais normas denotam preocupações com a dignidade da pessoa humana, com a erradicação da pobreza e marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e, com a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.

Ademais, outros dispositivos da Carta de 1988 realçam a necessidade de tratamento especial a algumas categorias de indivíduos em face de questões físicas e de gênero objetivando incluí-los e igualá-los socialmente. É o que se nota, por exemplo, quando o legislador constituinte estabeleceu a necessidade de fomentar a participação da mulher no mercado de trabalho (art. 7º, XX da CF) e quando prevê a reserva de vagas em cargos e empregos públicos aos portadores de deficiência (art. 37, VIII da CF). (BELLINTANI, 2006, pp.228-230)

Com vistas a dar cumprimento a esses comandos constitucionais expressos foram editadas leis federais e estaduais no plano infraconstitucional e foram tomadas algumas medidas administrativas.

No que se refere aos portadores de deficiências pode-se citar a elaboração da Lei federal nº 8.112/90, que dispendo sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, assegura em seu art. 5º § 2º, a reserva de até 20% das vagas oferecidas em concurso público as pessoas portadoras de deficiência, nos cargos cuja atribuição seja compatível com ela<sup>29</sup>, e, de igual forma, a Lei complementar nº 46/90 do Estado do Espírito Santo, que em nível estadual, institui o regime jurídico único dos servidores

---

<sup>29</sup> Art.5º § 2º às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

públicos civis da administração direta, das autarquias e das fundações, de quaisquer dos poderes do estado do Espírito Santo, dispondo no § único do seu art. 7º, conforme o art. 5º § 2º da Lei Federal nº 8112/90.<sup>30</sup>

No tocante às mulheres, exemplo é a Lei nº 9504/97, que ao estabelecer normas gerais para as eleições, dispõe no art. 10 § 3º, que cada partido político deverá reservar um percentual mínimo de 30% e máximo de 70% para a participação política de cada sexo quando do registro dos candidatos<sup>31</sup>, o que se constitui num esforço de melhorar a participação feminina nos Parlamentos em todos os níveis da Federação. Outro exemplo foi a indicação da Ministra Ellen Gracie Nortfleet a ocupar uma vaga no Supremo Tribunal Federal, pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso e, agora, a nomeação da Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha para o mesmo órgão pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Inexiste, todavia, previsão constitucional expressa quanto à adoção de ação afirmativa em prol de outras minorias como os idosos, os homossexuais e negros, o que não significa que não estejam sendo cumulados esforços governamentais e não governamentais no tocante a execução dessas medidas.

Quanto aos idosos, tem-se a Lei nº 8.842/94, regulamentada pelo decreto nº 1.948/96, que dispõe sobre a política nacional do idoso, e que objetiva criar condições para promoção e integração do idoso na sociedade.<sup>32</sup> Há ainda a Lei nº 10.741/03, que dispõe sobre o estatuto do idoso, e no art. 27 proíbe sua discriminação em qualquer trabalho ou emprego, inclusive em concursos, “ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir”, estabelecendo inclusive, em seu parágrafo único, a preferência ao candidato de idade mais

---

<sup>30</sup> Art. 7º - à pessoa portadora de deficiência é assegurado o direitos de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência. Parágrafo único: os editais para abertura de concursos públicos de Provas ou de Provas e Títulos reservarão percentual de até 20% (vinte por cento) das vagas dos cargos públicos para candidatos portadores de deficiência.

<sup>31</sup> Art.10 § 3º - Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de 30 por cento e o máximo de 70 por cento para candidaturas de cada sexo.

<sup>32</sup> Art. 1º - A Política Nacional do Idoso tem por objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade.

elevada, em caso de empate. Estabelece ainda, no art. 28, que o poder público criará e estimulará programas de: I – profissionalização especializada para os idosos, aproveitando seus potenciais e habilidades para atividades regulares e remuneradas; III – estímulo às empresas privadas para admissão de idosos ao trabalho.

Em favor dos homossexuais, Cruz (2005, p.169) ressalta o projeto de lei nº 1.151/95, de autoria da então deputada federal Marta Suplicy, e em trâmite na Câmara dos Deputados<sup>33</sup>, que entre outras normas garante as pessoas do mesmo sexo conquistas civis, tais como: a impenhorabilidade do bem imóvel próprio nas mesmas condições da lei nº 8.009/90, e os deveres de solidariedade mútua indispensáveis à instituição familiar.

No que se refere aos negros, Bellintani (2006, p.230) chama a atenção para o fato de que, por força da Emenda Constitucional nº 45/2004 que entre outras alterações acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição de 1988, a questão da não previsão expressa se tornou solucionável, bastando que o Congresso Nacional ratifique, nos termos suscitados pela norma editada, os tratados e convenções de direitos humanos internacionais que disponham sobre discriminações positivas, para que tais normas se tornem constitucionais e plenamente aplicáveis em território brasileiro.

Oportuno lembrar que a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1965 foi promulgada pelo Brasil em 08 de dezembro de 1969 por meio do decreto nº 65.810 e dispõe em seu art. 1º, nº 4 que

Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou

---

<sup>33</sup> O projeto de Lei em questão disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Maiores informações no site: <[www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)>.

indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem alcançado seus objetivos.

Ou seja, ainda que a Constituição atual não preveja expressamente a possibilidade de se fazer uso de medidas de ação afirmativa em prol dos negros, *prima facie*, não se pode dizer que tais medidas sejam inconstitucionais haja vista que o Brasil tornou-se signatário da convenção supra citada.

Nesse sentido, medidas legais e administrativas vêm sendo tomadas com o fim de incluir e igualar a minoria negra na sociedade brasileira. Pode-se dar como exemplo, no âmbito do poder executivo, o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH<sup>34</sup>, elaborado durante o governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, que conjuntamente a inúmeras metas de inclusão social para outras minorias, prevê apoio governamental as políticas de ação afirmativa adotadas pelo setor privado em favor dos negros, bem como em médio prazo, a implementação dessas políticas para o acesso dos negros em cursos profissionalizantes, em universidades, e, em áreas de tecnologia de ponta.

Registra-se ainda, na esfera legislativa, uma gama de leis e projetos de leis que tratam especificamente da questão negra. Kaufmann (2007, pp.276-281) elencou um extenso rol de programas de ação afirmativa em andamento no Brasil por meio de leis visando dar proteção a esse grupo minoritário. Dentre outros:

A Lei nº. 7.668/1988 autorizou o poder executivo a constituir a Fundação Cultural de Palmares, cuja finalidade é a de promover e apoiar a integração cultural, social, econômica e política do negro no país; [...] o Decreto de 20 de novembro de 1995, por meio do qual o Governo Federal criou Grupo de trabalho Interministerial para a valorização da população negra (GAT); A Portaria nº. 1740/1999, do Ministério do Trabalho e do Emprego, determinou a inclusão de dados informativos

---

<sup>34</sup> BRASIL. **Plano Nacional de Direitos Humanos - PNDH**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 05 dez. 2006.

raça/cor nos formulários da Relação Anual de Informações sociais e do cadastro geral de empregados e desempregados; [...] A Lei nº. 10.172/2001 aprovou o Plano Nacional de Educação, quando se incluiu nos currículos e programas dos cursos de formação de profissionais da Educação, temas específicos da história, cultura, conhecimentos, manifestações artísticas e religiosas do segmento afro-brasileiro; [...] o Decreto 3.592/2001 dispôs sobre o Conselho Nacional de Combate a Discriminação, órgão colegiado, integrante da estrutura básica do Ministério da Justiça, a quem compete propor, acompanhar e avaliar as políticas afirmativas de promoção da igualdade e de proteção dos direitos de indivíduos e grupos sociais e étnicos afetados por discriminação racial e demais formas de intolerância; [...] o Decreto nº. 4.228/2002 instituiu no âmbito da Administração Pública Federal o Programa Nacional de Ações Afirmativas, sob a coordenação da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça; [...]

E segue:

[...] A Lei nº. 10.558/2002 criou o Programa Diversidade na Universidade, no âmbito do Ministério da Educação, com a finalidade de implementar e avaliar estratégias para a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente os afro-descendentes e os negros brasileiros; [...] em 6 de julho de 2003, o Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão – CEPE – da Universidade de Brasília –UnB, determinou a reserva de 20% das vagas nos vestibulares e no Programa de Avaliação Seriada para negros, em todos os cursos da universidade, por um período de 10 anos a partir de 2004; [...] a Lei Estadual n.º 3.708/2001, do Estado do Rio de Janeiro, que estabeleceu a reserva de até 40% para negros na UERJ e na Universidade Estadual Norte Fluminense. Revogada em 4/9/2003 pela Lei 4.151, que estabeleceu cotas sociais para o ingresso nas universidades públicas estaduais, visando a redução das desigualdades étnicas, sociais e econômicas.[...] as universidades deverão reservar 45% das vagas para estudantes carentes que, ao mesmo tempo, ora sejam oriundos da rede pública de ensino (20%), ora negros (20%) ou portadores de deficiência e integrantes de minorias étnicas (5%); o projeto de lei n.º 650/1999, de autoria do senador José Sarney, que institui cotas de ação afirmativa para a população afro-descendente no acesso aos cargos e empregos públicos, à educação superior e aos contratos do Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior (FIES) [...]

Enfim, não há como negar que a adoção de políticas de ação afirmativa se expandiu para além das fronteiras americanas destinando-se a diferentes minorias

com a finalidade última de inseri-las e igualá-las quando da conquista de bens e situações na sociedade.

## 2.3 FUNDAMENTOS DAS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA.

Inexiste divergência acerca da necessidade de uma atuação na realidade com vistas à promoção da igualdade material e, dúvidas também não existem quanto à importância que as ações afirmativas, por meio de um tratamento diferenciado, desempenharam e vêm desempenhando nesse sentido, ao coibir a discriminação negativa e ao incluir os marginalizados em cenários como o trabalho e a educação. No entanto, há certa controvérsia no que se refere aos postulados sob os quais essas políticas podem ser justificadas.

Dentre as justificativas alegadas para sua adoção, ressaltam-se as questões de justiça compensatória e distributiva. O entendimento majoritário é pela tese distributiva como fundamento de justificação da medida, todavia, convém uma rápida abordagem sobre ambas para um maior conhecimento e sustentação do tema.

### 2.3.1 justiça compensatória

Dada à percepção de que a desigualdade injustificada no presente pode ser fruto de discriminações passadas, propagadas e mantidas ao longo do tempo, em relação a vários grupos sociais, como negros, deficientes físicos e mulheres, e, sob o argumento de que existe a necessidade de se corrigir os efeitos danosos gerados por essas discriminações, há quem justifique a adoção de políticas de ação afirmativa como postulado/tese da justiça compensatória.

Os defensores dessa tese entendem que as ações afirmativas seriam medidas aptas a dar uma espécie de compensação ou reparação àqueles que descendem de pessoas ou grupos marginalizados no passado, em face da injustiça social que os seus antepassados sofreram ao terem sido alvos de discriminações. Fundam-se, portanto, na possibilidade de reparar uma injustiça ocorrida no passado. “[...] justiça compensatória seria uma postulação de justiça retroativa, que visa a reparar danos causados no passado” (BELLINTANI, 2006, p.64).

Existem, no entanto, posicionamentos contrários a essa idéia de “reparação de dano passado”. Os que se opõem à tese compensatória como fundamento de políticas afirmativas, argumentam que a reparação do dano passado pode vir a inviabilizar no presente o estabelecimento das políticas ao invés de fundamentá-las. Firmam suas convicções apoiados no raciocínio jurídico referente à restituição de dano causado por um ato ilícito cometido.

Tal raciocínio implica em alguns pontos, quais sejam: na razão de que a legitimidade postulatória é conferida a quem efetivamente sofre o dano (verdadeiras vítimas do ilícito) e se realiza em face de quem efetivamente o causa, e, em questões referentes à dificuldade em se aferir o *quantum* indenizatório. Tais

razões devem ser observadas para que com a adoção das políticas não haja uma discriminação reversa contra os não beneficiados pela medida.

[...] para que a ação afirmativa não represente uma discriminação reversa contra aqueles não abrangidos pela política de favorecimento adotada, é imprescindível, de um lado, que somente os responsáveis pelos atos discriminatórios sejam penalizados e, de outro, que apenas as vítimas reais – reconhecidas individualmente- sejam de alguma forma ressarcidas, e, ainda assim, de maneira proporcional aos danos sofridos. Caso contrário, argumenta-se, essas políticas seriam injustas, pois elas não reparariam atos específicos de discriminação, mas beneficiariam certos grupos (aqueles contemplados pela ação afirmativa) que não são necessariamente compostos pelas vítimas desses atos discriminatórios, às expensas de outros grupos (não contemplados pela ação afirmativa), que são formados, na sua imensa maioria, de pessoas inocentes, isto é, de indivíduos que não foram (ou são) responsáveis pela discriminação em foco. (MENEZES, 2001, p.35)

De igual forma vale colacionar a lição de Vida (apud, BELLINTANI, 2006, p.62) no que tange aos inconvenientes do caráter compensatório como fundamento para adoção das medidas de ação afirmativa.

[...], multiples inconvenientes, primero porque solo aquellos colectivos que pudiesen demostrar que han sido víctimas de discriminaciones pasadas que perduran em forma de perjuicios presentes podrían beneficiarse de estas medidas; en según lugar, porque el calculo de la entidad de compensacion es dificilmente realizable; e em tercer lugar porque quienes se visen perjudicados por medidas de esta naturaleza siempre recurrirían a argumentos de no culpabilidad por los perjuizos pasados [...]<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> Tradução: [...] múltiplos inconvenientes, primeiro porque só os coletivos que puderem demonstrar que foram vítimas de discriminações passadas que perdura na forma de prejuízos presentes poderiam se beneficiar das medidas; em segundo lugar, porque o cálculo da compensação é dificilmente realizável; e em terceiro lugar porque quem se vê prejudicado pelas medidas dessa natureza sempre recorreriam a argumentos de não culpabilidade pelos prejuízos passados.

Inserindo a tese da justiça compensatória no universo de políticas afirmativas que tenham por beneficiários a minoria negra, o entendimento é de que o objetivo dessas ações seria o resgate de uma dívida histórica consubstanciada num passado escravocrata.

Nesse sentido, Kaufmann (2007, p.222) cita como exemplo da tentativa de utilização da justiça compensatória no Brasil, o projeto de lei n.º 3.198/2000, de autoria do então Deputado Federal (hoje Senador) Paulo Paim, que prevê uma compensação no valor de R\$ 102.000,00 para cada um dos negros descendentes de escravo no Brasil em razão da dívida histórica contraída.

Todavia, importante ressaltar que no atual sistema utilizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE para fins de estudos demográficos, tomado por oficial desde 1991, a diretiva da coleta de dados se baseia na autodeclaração e utiliza para tanto cinco possibilidades de classificação racial, quais sejam: brancos, pretos, amarelos, pardos e indígenas (OLIVEIRA, 2004, pp.54-60).

Importante ressaltar também que, para a demografia, negro é o somatório de preto e pardo, e que, conforme dados do último censo realizado em 2000, os negros, assim considerados, representam o percentual de 44,69% da população brasileira. Se a isso for somado a proporção de brancos com ancestralidade africana, o total chega a 86,45% da população. (PENA; BORTOLINI, 2004, pp.31-47)

Portanto, tendo por base o projeto de lei supra citado e em conformidade com dados do registro censitário do IBGE no ano 2000, o valor do *quantum* indenizatório de uma política afirmativa implantada com fulcro na tese compensatória atingiria, no mínimo, o expressivo montante de 7.650.000.000.000 (sete trilhões e seiscentos e cinquenta milhões de reais), uma vez que no Brasil 44% da população se autodeclara negra, o que representa um total de mais de 75 milhões de pessoas (KAUFMANN, 2007, p222). Se considerados os indivíduos que, embora brancos, descendem de negros, o valor do montante atingido ultrapassaria a marca dos quatorze trilhões e oitocentos milhões de reais.

Do exposto, observa-se facilmente que saber quem é o negro no Brasil, para fins de implementação de políticas afirmativas, em que a raça seja o único critério a ser considerado, pode dificultar a efetividade e mesmo a viabilidade de tais políticas. Sob o fundamento da justiça compensatória, a dificuldade ocorre, seja por tornar o montante exorbitante e impossível de ser conseguido, seja pela dificuldade em se saber quais são os reais beneficiários das indenizações e, portanto, das políticas em questão.

### **2.3.2 Justiça distributiva**

Este fundamento tem raiz no pensamento Aristotélico de justiça. Mais especificamente, na idéia de justiça distributiva, defendida como sendo uma redistribuição proporcionalmente equilibrada de bônus, bens, direitos, privilégios e ônus aos indivíduos. Frise-se, proporcionalidade exigida pelo bem comum e fixada com base no merecimento de cada um, merecimento este capaz de tornar os indivíduos diferentes entre si, e como consequência, mais ou menos merecedores de benefícios ou ônus sociais.

Nessa acepção, a justiça se refere a uma relação de subordinação entre governante (Estado) e governado (indivíduo), cabendo àquele ser justo ou não, quando da distribuição de bens, serviços, cargos, responsabilidade, tributos, etc. É no atribuir, no conferir a cada um aquilo que é seu por mérito, que reside o exercício da justiça distributiva. Por outro lado, a injustiça corresponde ao recebimento desigual de bônus e ônus por indivíduos que se encontrem em

paridade de condições, vez que isso fere a igualdade. (BITTAR; ALMEIDA, 2002, pp. 99-101.)

Os que defendem a tese distributiva como fundamento para a implantação de políticas de ação afirmativa, afirmam que por meio dela o que se busca é uma justiça no presente através de um redirecionamento na distribuição de oportunidades, bens e bônus sociais, possibilitando com isso uma maior igualdade na sociedade. Sustentam que o estabelecimento de ações afirmativas sob esse fundamento tem o condão de permitir a todos os indivíduos o alcance daquilo a que têm direito e a que teriam acesso, caso não houvesse circunstâncias preconceituosas ou discriminatórias os impedindo.

[...] sob essa ótica, a ação afirmativa define-se como um mecanismo de redistribuição de bens, benefícios, vantagens e oportunidades que foram indevidamente monopolizadas por um grupo em detrimento de outros, por intermédio de um artifício moralmente e juridicamente condenável – a discriminação [...]. (GOMES, 2001, p.68)

De semelhante modo, Kaufmann (2007, p.225) leciona que

[...] por meio da teoria distributiva, há um redirecionamento dos benefícios, dos direitos e das oportunidades entre os cidadãos. O Estado age de forma interventiva para poder garantir a efetivação do princípio da igualdade, porque, se nada for feito, as barreiras impostas pelo preconceito e pela discriminação dificilmente permitiriam a igualdade de acesso às melhores chances de emprego e de educação às minorias.

A adoção dessas políticas justificadas na tese distributiva é defendida no território americano, dentre outros, pelo jusfilósofo Ronald Dworkin, a partir de uma distinção entre dois direitos: o direito a ser tratado como igual e o direito a igual tratamento; e também a partir da idéia de que, observados alguns parâmetros, as ações afirmativas são promotoras de um bem-estar coletivo, ainda que, em

detrimento do bem-estar de alguns, por elevarem o nível de igualdade geral entre os membros da sociedade.

Em análise do caso *DeFunis vs. Odegaard* (1974), Dworkin (2002, p.349) entendeu que os cidadãos possuem o direito a serem tratados como iguais e o direito a receber igual tratamento. Aduz que o primeiro é direito fundamental e o segundo é derivado, e, também, que eles podem não coexistir em todas as circunstâncias. Compreende que “[...] Não há nada de paradoxal na idéia de que o direito de um indivíduo à igual proteção pode às vezes entrar em conflito com uma política social desejável sob outros aspectos, inclusive aquela que tem por objetivo tornar a sociedade mais igual em termos gerais [...]”.

Nesse sentido, justifica a adoção dessas ações dentro da idéia de que o direito do indivíduo a ser tratado como igual, ou seja, com consideração e respeito, não é lesionado por uma política traçada com base num tratamento diferenciado, desde que pareça razoável que o ganho geral da comunidade irá suplantar a perda sofrida por alguns indivíduos, e ainda, desde que não exista “outra política que, não contendo uma desvantagem comparável, produza, ainda que aproximadamente, o mesmo ganho”. (DWORKIN, 2002, p.349)

Para Dworkin, não há que se falar em lesão ao direito a ser tratado como iguais simplesmente porque indivíduos, em razão de um tratamento diferenciado, são postos em uma situação de desvantagem com a qual se sintam insultados, se de tal diferenciação o ganho da comunidade como um todo compensar as perdas sofridas por esses indivíduos, seja num sentido utilitarista, seja num sentido ideal, ainda que preferível este último, pois abstraído de “preferências externas”.

[...] em determinadas circunstâncias uma política que coloca muitos indivíduos em desvantagem pode, mesmo assim, ser justificada, porque dá melhores condições à comunidade como um todo. [...] pode estar melhor em um sentido utilitarista, ou seja, porque o nível médio ou coletivo do bem-estar comunitário aumentou, apesar de o bem-estar de alguns indivíduos ter diminuído. Por outro lado, pode estar melhor em um sentido ideal, ou seja, porque é mais justo ou, de algum modo, mais

próximo de uma sociedade ideal, quer o bem estar médio seja ou não aumentado. (DWORKIN, 2002, pp.357-358)

Políticas de ação afirmativa que impliquem num tratamento diferenciado conferido a alguns indivíduos podem ser justificadas ainda que entrem em conflito com o interesse de igual proteção dos que não foram beneficiados por ela, desde que a redistribuição dos bens promova bem estar coletivo e uma maior igualdade geral, o que ocorre quando o ganho do todo for maior que a perda de alguns, e quando não houver medida menos gravosa para atingir os mesmos fins. Noutras palavras, a adoção das políticas afirmativas, sob a justificativa da tese distributiva, é capaz de promover maior bem estar e igualdade geral se não se der de forma arbitrária, mas, sim, se possuir a marca da proporcionalidade.

Todavia, há aqueles contrários à idéia de que deva ser essa tese o fundamento das políticas de ações afirmativas, e o são, sedimentados no entendimento de que “[...] nem sempre é possível identificar, dentre as diversas iniquidades sociais, quais decorreriam da discriminação racial ou sexual, e quais seriam resultantes de outros fatores”. (GOMES, 2001, p.72)

Contra esses, os defensores da tese distributiva aduzem que o simples fato de existir na sociedade desigualdades injustificadas já autoriza a implantação dessas políticas (BELLINTANI, 2006, p.66). O que não se pode negar, afinal, é que se o que elas visam é a uma maior igualação geral através da redistribuição de bens e oportunidades sociais, pouco importa se a desigualdade injustificada é uma consequência direta de uma discriminação negativa ou outro fator que não se justifique.

Dentro do raciocínio de que “quem pode o mais pode o menos”, se tais desigualdades existem, seja por falta de sorte ou por discriminação do indivíduo, mecanismos que visem a sua eliminação, tais como as políticas em questão, devem ser adotados. Todavia, em especial naquelas modalidades que impliquem numa verdadeira discriminação positiva, como o sistema de cotas, os critérios

escolhidos para tanto devem ser tomados com mais cautela, dentro de limites e padrões mais rígidos, para que em sendo implantadas não venham a ser causa de discriminação reversa, ferindo, portanto, o princípio da igualdade, e conseqüentemente a própria Constituição que quer vê-lo concretizado.

## 2.4 FORMAS DE IMPLEMENTAÇÃO

Embora surgidas no território americano em meados dos anos 60 tendo por escopo a inclusão social dos negros que, em razão de uma história de discriminação e segregação, se encontravam sem oportunidades, à margem da sociedade, nos dias atuais, as ações afirmativas não se reduzem a mecanismos que visam a oferecer igual oportunidade aos negros, são, também, medidas específicas que, de forma mais incisiva, discriminam positivamente quaisquer minorias sociais, visando por vezes a uma verdadeira igualdade de resultados na luta pelos bens sociais.

Hoje tais políticas envolvem uma série de meios que tenham por fim fomentar a igualdade material sejam eles, mecanismos que propiciem igual oportunidade ou medidas mais incisivas, que visem a uma igualdade de resultado. No primeiro caso, contribuem para que classes desprivilegiadas socialmente concorram em igualdade de condições pelos bens escassos da vida, e, no segundo, impõem um benefício imediato às categorias marginalizadas, por exemplo, através de uma reserva percentual de bens sociais aos grupos minoritários uma vez que mesmo postos em igualdade de condições com os demais grupos, não conseguem alcançar tais bens por serem vítimas de preconceito e discriminação.

Com o condão de consolidar essa face da igualdade, as políticas de ação afirmativa se expandiram sob várias denominações e assumiram diferentes formas de implementação, que vão desde as medidas preferenciais ao sistema de cotas. Noutras palavras, podem ser executadas por meio de vários mecanismos como, por exemplo, o estabelecimento de preferências, o sistema de bônus, a oferta de treinamentos especiais, os incentivos fiscais e o cumprimento de metas (GOMES, 2007,p.25).

O sistema de preferência é identificado como uma forma de realização de ação afirmativa através da qual, os indivíduos de grupos minoritários, para fins de seleção laboral e educacional, são preferíveis em detrimento dos indivíduos que são parcela da classe majoritária. Preferência, diga-se, que não se dá injustificadamente, mas sim, sob duas especiais condições: a concorrência em igualdade de condições e com base no mérito do indivíduo, bem como, em que a escolha se realize ao final da seleção e somente em caso de empate na escolha.

Os incentivos fiscais servem como um instrumento de motivação ao setor privado, que pode, voluntariamente, imprimir medidas de ação afirmativa nos mais diferentes campos da vida social. Por exemplo, tem-se, na seara da educação brasileira, o Programa Universidade para Todos – PROUNI<sup>36</sup>, criado pela MP nº. 213/2004 e institucionalizado pela Lei nº. 11.096, de 13 de janeiro de 2005, que tem como finalidade conceder bolsas de estudos, integrais e parciais, a estudantes de baixa renda, em cursos de graduação e seqüenciais de formação específica, nas instituições privadas de educação superior, oferecendo, em contrapartida, isenção de alguns tributos àquelas que aderirem ao Programa.

Outra forma de execução consiste no oferecimento de treinamentos especiais aos indivíduos pertencentes aos grupos minoritários, tais como, os cursos de capacitação, que visem à melhora na qualificação e na promoção desses grupos no âmbito de trabalho, ou ainda, cursos preparatórios, para ingresso em

---

<sup>36</sup> Informações interessantes acerca do programa podem ser encontradas no *site* do Ministério da Educação. Disponível em: [www.mec.gov.br](http://www.mec.gov.br). Acesso em: 10 set.2007.

universidades públicas e privadas, tendentes a corrigir o déficit desses indivíduos no mercado de trabalho e nas instituições de ensino.

Exemplo nesse sentido tem ocorrido na Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, e consiste no oferecimento de curso preparatório gratuito, na própria universidade, para os estudantes carentes da rede pública de ensino com o fim de melhor prepará-los para uma possibilidade de ingresso na mesma.

As ações afirmativas podem ser implantadas também por meio de cumprimento de metas. Sob essa forma, condiciona o uso dos recursos e investimentos públicos, ao cumprimento da exigência de que um percentual mínimo de vagas e funções das empresas públicas e privadas contratantes com o poder público, bem como das instituições de ensino, seja preenchido por indivíduos pertencentes a grupos discriminados.

Deduz-se disso que a adoção de uma política de ação afirmativa não exige necessariamente o implemento de cotas, ao revés, este “é um sistema que, a não ser que venha amarrado a outro critério inquestionavelmente objetivo, deve ser objeto de uma utilização marcadamente marginal”. (GOMES, 2007, p.21)

O sistema de cotas consiste na reserva de um percentual de bens escassos, em especial, vagas em empresas e universidades, àqueles inseridos em categorias tidas por discriminadas, tais como negros, mulheres, deficientes, homossexuais, etc. Se tomado por critério de classificação a forma como são aplicadas, as cotas podem ser rígidas ou flexíveis (VIDA, apud, BELLINTANI, 2006, pp.69-70). As primeiras, de aplicação automática e as segundas, de aplicação aliada a outras características concretas dos indivíduos, tais como seu mérito individual.

Como exemplo de aplicação de cotas tem-se a reserva de um percentual de vagas na universidade pública para os egressos da rede pública de educação, em razão do ensino de péssima qualidade que lhes foi oferecido pelas escolas publicas de ensino fundamental e médio. Sistema que a partir do exame vestibular de 2008 será implantado na Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, que reservará

40% de suas vagas para os alunos que comprovem terem cursado o ensino fundamental e médio na rede pública de ensino, conforme decisão tomada em 09/08/07, durante reunião extraordinária do Conselho de Ensino. (LACERDA; GALVÃO, 2007, p.04).

Outro exemplo reside na reserva de vagas relativas aos cursos de graduação oferecida pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UERJ, na proporção de 20% para negros e pardos, 20% para alunos de escolas públicas e 5% para portadores de deficiência, dentre outros, conforme disposição da Lei nº. 4151/03<sup>37</sup>.

## 2.5 OBJETIVOS DAS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA.

Ainda que não haja univocidade quanto à fundamentação da adoção dessas políticas afirmativas inclusivas, em que pese majoritariamente se opte pela tese distributiva, o fato é que elas podem ser implantadas e executadas de diferentes formas, inclusive cotas, com o fim de lograr o alcance de uma série de objetivos correlatos.

Como já ressaltado, o principal objetivo visado com a implantação dessas ações se revela na busca pela concretização da igualdade, mitigando ou extirpando

---

<sup>37</sup> A Lei 4151, de 04 de setembro de 2003, institui nova disciplina sobre o sistema de cotas para ingresso de negros nas Universidades públicas estaduais do Estado do Rio de Janeiro, estabelecendo cotas para alunos oriundos da rede pública de ensino, para negros, e segundo nova redação dada pela Lei 5074/2007 “pessoas com deficiência, nos termos da legislação em vigor, integrantes de minorias étnicas, filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares e inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço”, conforme dispõe o art. 5º, na proporção de 20% para os estudantes da rede pública, 20% para negros e 5% para os demais grupos inseridos pela Lei 5074/2002.

desigualdades injustificadas existentes na sociedade e, muitas vezes, estabelecidas como conseqüências dos efeitos de discriminações passadas que persistem se propagando no tempo, à medida que valores, conceitos e concepções vão sendo culturalmente transmitidos.

Para que sejam eliminadas essas desigualdades injustificadas, necessária uma transformação do imaginário social, uma mudança de mentalidades, no sentido de se formar uma maior conscientização social em torno de sua não justificação. Dado a isso, também resulta em objetivo das políticas em questão “induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica aptas a subtrair do imaginativo coletivo a idéia de supremacia e subordinação” (GOMES, 2007, p.08), idéia que, não raras vezes, fomenta tensões inter-raciais, violentas ou pacíficas.

Dentro da idéia de transformação do imaginário coletivo e tomando os negros por beneficiários de ações afirmativas, Dworkin (2000, p.439) argumenta à luz do caso *Regents da Universidade da Califórnia v. Bakke* (1978), que essas ações contribuem para que a minoria negra assuma maiores e melhores posições na sociedade, e que isso vem ao encontro da necessidade de se diminuir o grau da discriminação racial americana.

Dworkin (2000, p.439) sustenta que a aquisição dessas posições diminuirá tanto o grau de injustiça cometida com essas minorias, quanto os seus graus de frustração e sofrimento, visto que os negros acreditarão mais em si mesmos, o que gerará um maior equilíbrio social. Vê, portanto, na adoção de políticas afirmativas inclusivas a possibilidade de diminuir o grau de discriminação racial e de alcançar o equilíbrio na sociedade americana.

[...] aumentar o numero de negros atuando em várias profissões irá, a longo prazo, reduzir o sentimento de frustração, injustiça e constrangimento racial na comunidade negra, até que os negros passem a pensar em si mesmos como indivíduos capazes de ter sucesso, como os outros, por meio de talentos e da iniciativa. Nesse ponto futuro, as conseqüências, quaisquer que venham a ser elas, dos programas de

admissão não raciais, poderão ser aceitas sem nenhuma impressão de barreiras ou injustiças raciais. (DWORKIN, 2000, p.439)

Com base nessa lição, pode-se dizer que o grau da consciência racial nos Estados Unidos é inversamente proporcional ao nível de equilíbrio da sociedade daquele País, afinal, com a diminuição daquela, eleva-se este. Tal afirmação é compreensível em face de uma ideologia de superioridade da raça branca sobre a raça negra, presente no imaginário social, e perpetuada durante séculos de escravidão e segregação institucionalizada, em que as relações entre negros e brancos se firmaram sobre intenso ódio e repúdio e, aos negros foram realmente negadas posições e bens a que teriam acesso não fosse exclusivamente o forte racismo existente.

A crença na superioridade da raça branca, e o esforço para a manutenção e propagação desta, inclusive pelo próprio governo dos Estados Unidos, foram bem demonstradas por Kaufmann (2007, pp.216-217), para quem

[...] a abolição da escravatura estadunidense foi marcada pela maior e mais violenta guerra pela qual passaram os norte-americanos, deixando um saldo de 600 mil mortos. O resultado do conflito foi o acirramento do ódio dos brancos para com os negros. [...] quando nos Estados Unidos decretou-se a abolição da escravatura, houve a inserção forçada no mercado de trabalho de um grande número de negros livres que passaram a disputar na sociedade, pela primeira vez, com os brancos. [...] a insipiente competição entre negros e brancos no mercado de trabalho, conjugado com o fato dos negros serem considerados os verdadeiros culpados pela guerra sangrenta que dividiu o país, gerou um ódio racial violento e segregacionista e fez surgir organizações como a Ku Klux Klan e os Conselhos dos Cidadãos Brancos, as quais proclamavam a inferioridade da raça negra e a necessidade de expulsá-los dos Estados Unidos a fim de dar início a um governo exclusivamente de brancos e para brancos.

E segue:

[...] a segregação não fora promovida apenas por organizações particulares, mas, espantosamente, pelo próprio Estado. [...] na medida em que o próprio governo institucionalizou a segregação, fez surgir no imaginário nacional a idéia de que a separação entre brancos e negros era legal e legítima [...] despertou a consciência das pessoas para a diferença, em vez de procurar promover a igualdade.

No Brasil, embora medidas afirmativas inclusivas sejam possíveis, e ainda que a consciência racial e o equilíbrio social sejam inversamente proporcionais, tal qual ocorre no território norte-americano, parece que a consequência da implantação de algumas dessas medidas, em especial quando implantadas numa modalidade mais agressiva como as cotas, ocorre por aqui de forma inversa. Ou seja, no Brasil a adoção de medidas de ação afirmativa socialmente mais agressivas que tenham por beneficiários os negros, acabam por aumentar a consciência racial e diminuir o equilíbrio na sociedade, causando descontentamento por parte daqueles que se vêm prejudicados tensões sociais entre os indivíduos.

Especificamente no tocante a sua adoção, na modalidade de cotas raciais para o ingresso de negros em universidades, conforme asseveram Magie e Fry (2004, pp.67-80), sustentados numa análise a partir de cartas de leitores dirigidas ao jornal *O Globo* durante os anos de 2001 e 2002, “[...] a introdução de cotas raciais talvez não alcance o que pretende e terá efeitos que irão muito além das finalidades [...] em particular uma bipolarização racial e um aumento de tensão inter-racial, sobretudo nas camadas menos favorecidas da população [...]”.

O que se vê na seara da educação superior brasileira é que o emprego de cotas com base no critério racial, ainda que tenha realmente o condão de incluir negros nas universidades, uma vez que lhes reserva uma percentagem de vagas, gera, todavia, o aumento da consciência racial que se quer ver diminuída, bem como, a

diminuição do equilíbrio social que se quer ver alcançado, frustrando de certa forma um dos objetivos a que se destina, qual seja: maior equilíbrio social.

Outro objetivo que se quer atingir com a adoção de ações afirmativas, é o aumento de representatividade das minorias alijadas nos variados espaços sociais, em especial, o laboral e o educacional. Tal objetivo se consubstancia num caminho que desemboca em duas vias. A primeira concernente à possibilidade de formação de exemplos emblemáticos que sirvam de estímulos àqueles que se enquadrem como minoria (em razão de sexo, gênero, raça, compleição física, etc.), e, ao revés, desestímulo aos que se vêm como superiores. E a segunda, referente ao alcance de maior diversidade nas esferas sociais, expressando, nos ambientes de trabalho e nas instituições de ensino, a real composição da sociedade.

Especificamente no tocante aos negros, vale ressaltar mais uma vez a diferença entre o que ocorre no território norte-americano, onde as medidas surgiram, e no território brasileiro, agora tendo por enfoque o objetivo de maior representatividade e de geração de exemplos emblemáticos e diversidade.

Importante lembrar que até pouco tempo não havia espaço em que os negros e os brancos pudessem conviver nos Estados Unidos da América. Kaufmann (2007, p.226) constata que o ódio e a rivalidade entre negros e brancos fez surgir ali duas sociedades paralelas, e aduz que o argumento de que as ações afirmativas objetivam a formação de uma sociedade mais bem representada, mais aberta, diversificada, tolerante e multiracial, enfim, que assertivas em favor da diversidade, fazem mais sentido em países como os Estados Unidos onde até 1970 praticamente não havia um só local em que negros e brancos pudessem interagir de forma pacífica, do que em países como no Brasil.

Com efeito, as pesquisas realizadas no território americano com o fim de embasar a implantação das políticas afirmativas giravam em torno de perguntas do tipo: “você considera importante ter contato com outra cultura? Você considera importante ter contato com outra raça?” (DWORKIN, 2000, 396) o que revela uma

sociedade até então absolutamente avessa a qualquer idéia de inclusividade e diversidade.

Numa sociedade erigida nesses moldes separatistas, a adoção de políticas que objetivem a conquista de uma maior representatividade negra, capazes de fomentar, nos demais membros da minoria, um sentimento positivo quanto à obtenção de êxito social independentemente da raça que possuem, parece racionalmente justificável que seja eleito o critério racial como o fator de discrimen apto a oferecer um tratamento diferenciado.

Todavia, embora se reconheça que o Brasil não é o modelo de democracia racial, e que preconceito e discriminação existem também por aqui, não se pode negar que a relação entre o branco e o negro no Brasil se dá de forma bastante distinta da que ocorre nos Estados Unidos. Aqui, essas duas “raças” não apenas convivem mutuamente no trabalho, nas escolas, nas famílias, mas também estabelecem relações de afeto, companheirismo e amizade.

Portanto, a realidade racial brasileira é diferenciada da americana. O que acaba por revelar a necessidade de que os paradigmas eleitos para a análise da adoção de ações afirmativas no Brasil – que tenham por beneficiários os negros – atendem e correspondam à realidade brasileira, com o fim de que as medidas implantadas realmente sejam capazes de sanar ou diminuir as razões que se fazem obstáculos à que os negros sejam mais bem representados, por exemplo, ocupando posições nas universidades brasileiras.

Não se deve olvidar que a busca pela concretização da igualdade por meio de ações afirmativas não pode ser arbitrária, pelo contrário, deve ser racionalmente justificada para que com sua adoção, e o conseqüente tratamento diferenciado dispensado, o princípio da igualdade não seja lesionado, e os objetivos sejam atingidos.

Para tanto, os critérios de discriminação que darão azo ao tratamento diferenciado devem ser escolhidos com cautela, e o meio a ser utilizado deve ser proporcional

ao fim colimado. De outra forma, deve-se ter em mente que, para cada problema detectado, há um remédio específico para saná-lo, e a sua ingestão deve ocorrer na exata medida para combatê-lo.

Kaufmann (2007, p.225), ao lecionar sobre a possibilidade de implantação das políticas afirmativas à minoria negra, e dos prejuízos que pode acarretar para os que não forem por ela contemplados, alerta que “[...] a adoção de uma política afirmativa deve ser precedida de um estudo para saber quais são os principais obstáculos impostos aos negros para que consigam ascender socialmente”.

E segue:

[...] a implementação dessa política pode gerar prejuízos para aqueles que não foram contemplados [...] e é por isso que se deve ter cautela na escolha dos critérios a ensejar uma política afirmativa, haja vista que a eleição de fatores não justificáveis pode vir a ensejar a declaração de inconstitucionalidade de tal medida, por ofensa aos princípios da igualdade e da proporcionalidade, além de não serem considerados legítimos pela comunidade.

Afinal, o que leva à baixa inclusão e à pouca representatividade do negro nas universidades brasileiras é tão somente a sua “raça”? Pode a “raça” ser exclusivamente utilizada como critério para dar surgimento a políticas que tenham por fim permitir o acesso dos negros às universidades? Quais as causas que levam os negros a não ingressarem nas universidades brasileiras?

Nos termos de Jorge Miranda (apud, BELLINTANI, 2006, 85), o princípio da igualdade não é uma ilha e, sendo assim, para que não seja suscitada a sua violação a marca da proporcionalidade, por exemplo, deve ser uma constante. De igual forma, Kaufmann (2007, p.268) leciona que “para sabermos se, em determinado caso concreto, a política afirmativa adotada ofende ou não o princípio da isonomia, deve-se analisá-la sob a ótica da proporcionalidade, de acordo com o contexto sócio e cultural para o qual foi estabelecida”.

Disso resulta que, se o que se quer na sociedade brasileira, com a adoção das políticas afirmativas em prol dos negros, é uma inclusão que gere mudança positiva no imaginário social, que aumente a representatividade negra de forma a gerar exemplos positivos e maior diversidade e, que promova maior igualdade geral por diminuir ou extirpar as desigualdades injustificadas, é importante saber se políticas que elejam a raça como critério ou fator de discriminação e que sejam adotadas na forma de cotas são as medidas adequadas, necessárias e se trarão mais vantagens que desvantagens no alcance desse desiderato.

### **3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE E TRATAMENTO DIFERENCIADO: OS LIMITES DA PRODUÇÃO NORMATIVA E SUAS IMPLICAÇÕES NA ADOÇÃO DE COTAS RACIAIS PARA NEGROS NO ENSINO SUPERIOR BRASILEIRO**

A atual Carta Constitucional brasileira enuncia no art. 5º, “caput”, que todos os homens são iguais perante a lei, sem qualquer espécie de distinção. É assente que o enunciado, reiteradas vezes posto em foco, trata-se de princípio a ser considerado quando da elaboração e quando da interpretação e aplicação do direito, dirigindo-se tanto ao legislador quanto ao intérprete e aplicador da lei ao caso concreto, seja ele administrador ou juiz.

Tanto o que aplica, quanto o que legisla, deve dispensar tratamento isonômico aos indivíduos. Ao ser cumprida uma lei, todos aqueles que ela alcança devem receber um tratamento igualitário, e de igual forma ao ser editada, deve considerar para que suas normas não sejam fontes de privilégios ou discriminações, sob pena de ferir o princípio da igualdade e ser eivada do vício da inconstitucionalidade<sup>38</sup>.

Observou-se que o princípio da igualdade agregou diferentes faces que, por se complementarem, lhe conferem uma significação plúrima. Partindo de uma igualdade inicialmente absoluta, que implicava num tratamento uniforme estabelecido à margem das desigualdades existentes, chegou-se à exigência de que os homens devem ser tratados diferentemente em razão de serem também

---

<sup>38</sup> A inconstitucionalidade das políticas de ação afirmativas de que fala o trabalho será observada apenas no enfoque material, não se atentando para a possibilidade de inconstitucionalidade formal, seja em razão de afronta à competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação, seja por ofensa à autonomia que as universidades possuem de livremente fixar as vagas de seus cursos.

desiguais, quer natural quer socialmente. Concluiu-se que o que há é uma igualdade relativa.

Essa igualdade relativa deve ser considerada para a elaboração do direito, e há de ser objetivamente valorada e ter consonância com os interesses constitucionalmente assegurados e vigentes na sociedade em que se pretenda ver instituída uma igualdade material.

Estes valores, que podem ser de ordem jurídica, moral, estética, econômica ou filosófica, por sua vez, não devem ser meramente subjetivos, mas sim objetivos, retirados dos princípios vigentes em determinada sociedade, em certo período histórico, justamente para que a edição de normas em função de tais elementos possa ter aplicabilidade prática. Caso sejam eleitas circunstâncias, situações ou valores que estão à margem da sociedade em que se pretende instituir uma igualdade material, estar-se-á legislando em vão e, pior, legislando contra a própria constituição. [...] (BELLINTANI, 2006, p.33)

O entendimento que ora se tem, é de que cabe ao legislador criar normas diferenciadas para os desiguais na medida em que se desigualem, estipulando, por meio de juízos valorativos, “categorias essenciais”, nas quais os homens devam ser tratados de igual forma.

É partindo de um juízo de valor objetivo sobre fatos e acontecimentos sociais, que o legislador discrimina as situações, de forma que as “pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Onde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrangidas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos.” (BANDEIRA DE MELLO, 2001, pp.12-13)

Alexy (2002, pp.385-387), ao discorrer sobre o direito geral de igualdade disposto no art. 3º § 1º da Lei Federal alemã, informa que o mandamento da igualdade na formulação do direito exige o tratamento igualitário, e este, ainda que por um lado, não possa significar que “todos deban ser tratados exactamente de la misma

manera y tampoco [...] en todos los respectos. Por otra parte, no pode permitir toda diferenciación y toda distinción si há de tener algún contenido<sup>39</sup>. E segue:

como no existe ni una desigualdad en todos los respectos (igualdad/desigualdad fáctica universal) entre las personas y las situaciones personales y como la igualdad (desigualdad) fáctica parcial em algún respecto no basta como condición de aplicación de la fórmula, ésta puede referirse sólo a una cosa: la igualdad y la desigualdad valorativa.<sup>40</sup>

Portanto, o que se constata é que a uniformidade de tratamento não implica necessariamente numa não-diferenciação legislativa, mas em que o tratamento seja uniforme para o grupo de indivíduos que couber na categoria escolhida pelo legislador, conforme o juízo valorativo traçado por ele. Independentemente disso, por ser o exercício da atividade legiferante um exercício discricionário, o critério de diferenciação escolhido e o tratamento diferenciado determinado a partir dele, devem ser cuidadosamente considerados e analisados.

Não se deve simplesmente constatar a existência da desigualdade no mundo do “ser” para imprimir a ela um tratamento diferenciado por meio de normas legais, mas considerar e analisar se a desigualdade é injustificada e, se suscita, à luz do critério de discriminação escolhido, a real edição de normas que diferenciem os indivíduos, inserindo-os em determinadas categorias.

O tratamento diferenciado é cabível nos casos onde a realidade fática o justifique, com o fim de que, distintamente tratados, os indivíduos dessa categoria tenham a possibilidade de lutar, em condição de igualdade, pela conquista dos bens encontrados em escassez.

---

<sup>39</sup> Tradução: [...] todos devem ser tratados da maneira e tampouco [...] em todos os respeitos. Por outro lado não pode permitir toda diferenciação e todas distinção há de ter algum conteúdo.

<sup>40</sup> Tradução: não existe nem uma igualdade em relação a todas as coisas (igualdade/desigualdade fáctica universal), as pessoas e as situações pessoais e como a igualdade/desigualdade fáctica parcial em alguma forma não basta como condição de aplicação da fórmula, ela pode se referir só a uma coisa: a igualdade e a desigualdade valorativa.

O que se quer sob o prisma da obrigatoriedade de diferenciação, é que sejam garantidas iguais condições aos indivíduos na conquista dos bens sociais, e não, a pretexto de uma necessidade de igualação, conceder àqueles encontrados teoricamente em posição de desvantagem, uma vantagem descabida, criando a partir dela novas desigualdades.

E nesse sentido, “o desafio de interpretar o alcance do princípio da igualdade reside exatamente em impedir certas diferenciações que não possuam fundamento razoável e que, assim, transgridam a igualdade por serem desproporcionais” (KAUFMANN, 2007, p.268). De outra forma, para que as leis editadas não introduzam na sociedade normas que afrontem o princípio em questão, elas devem apresentar, dentre outras características, a marca da proporcionalidade.

Na lição de Silva (2003, p.87), “[...] a proporcionalidade serve à igualdade quando determina a eleição dos critérios legislativos que implicarão tratamento diferenciado, admitindo-se apenas as escolhas que mantenham correta relação com o fim atingido pela norma”.

Restou compreendido, com base nos capítulos anteriores, que a obrigatoriedade de diferenciação incorporada ao princípio da igualdade, admite que políticas afirmativas sejam adotadas, com o fito de, diminuindo ou extirpando as desigualdades injustificáveis, promover e concretizar uma maior igualdade na sociedade. Compreendeu-se também, que a busca por essa concretização deu causa a modalidades de ação afirmativa que, consubstanciadas em verdadeiras discriminações positivas, tal como o sistema de cotas, são adotadas de forma a alcançar resultados imediatos e não meramente igual oportunidade.

No Brasil, proliferam leis e projetos de leis que têm por objeto a adoção de cotas raciais, em especial nas esferas do trabalho e da educação, e não são raras as

objeções surgidas contra elas, fundadas em argumentos que vão desde a injustiça à inconstitucionalidade, neste caso, por ferimento do princípio da igualdade.<sup>41</sup>

Todavia, para que não haja ofensa ao princípio da igualdade no ato discricionário de fazimento de leis, a “discriminação” e a diferenciação produzida não podem ser desarrazoadas, pelo contrário, devem ser pautadas em alguns “critérios” que, funcionando como limites/parâmetros autorizadores dos possíveis tratamentos diferenciados, impedirão o malferimento do princípio da igualdade.

Já é válido registrar que “não há nenhuma resposta certa e segura. [...] Só a razoabilidade na escolha do legislador é que pode afastar a arbitrariedade em que radica a desigualdade”. (LOBO TORRES, 1995, pp.342-343)

Oportuno registrar, portanto, quais os critérios a serem considerados, ou, noutras palavras, quais “cuidados” devem ser tomados quando da edição de leis que insiram um tratamento diferenciado, de forma que o princípio em questão não seja ferido, e que as políticas a partir dele implantadas não tenham sua constitucionalidade contestada.

Nesse sentido, Bandeira de Mello (2001, pp.11-13) lança uma série de questionamentos:

Quem são os iguais e quem são os desiguais? [...] Qual o critério legitimamente manipulável - sem agravos à isonomia - que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? [...] Quando é vedado à lei estabelecer discriminações? Ou seja: quais os limites que adversam este exercício normal, inerente à função de discriminar? [...] Quais discriminações são juridicamente toleráveis? Qual o limite da discriminação legal?

---

<sup>41</sup>Exemplo nesse sentido foi a ADI nº 2858-8, relator Min. Carlos Velloso, ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – COFENEN alegando a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 3.524/00, por meio da qual pioneiramente adotou-se cotas para o ingresso de negros na Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e na Universidade Estadual Norte Fluminense com previsão de reserva de 40% de vagas em todos os seus cursos aos negros e pardos, e que posteriormente, perdeu seu objeto face à revogação da Lei 3.524/00 pela Lei estadual nº 4151/2003.

De igual modo, Alexy (2002, p.388) questiona “si y em qué medida es posible fundamentar racionalmente los juicios de valor necesarios dentro del marco de la máxima de la igualdad [...]”.<sup>42</sup>

Sob o entendimento de que, “a constitucionalidade ou não de programas positivos não pode ser diagnosticada em abstrato, deve ser analisada no caso concreto, a partir de cada medida específica” (KAUFMANN, 2007, p.268), far-se-á um paralelo entre os “cuidados” a serem considerados para fim de diferenciação legal e tratamento diferenciado, e a específica implantação de cotas raciais para o ingresso nas universidades brasileiras, visando a responder se, nessa modalidade, e com base no critério racial, a adoção de políticas afirmativas para ingresso de negros nas universidades brasileiras acarreta violação a igualdade que objetiva por fim concretizar.

### 3.1 PARÂMETROS DE AVALIAÇÃO

A lei que tenha por escopo regular a vida em sociedade necessita atribuir um tratamento equânime a todos os cidadãos sob o seu crivo. Tal tratamento, como comentado, não necessariamente implica numa impossibilidade de diferenciação. Leciona Lobo Torres (1995, p.341) que

[...] o aspecto mais intrincado da igualdade se relaciona com a sua polaridade. Enquanto nos outros valores (justiça, segurança, liberdade) a polaridade significa o momento da sua negação (injustiça, insegurança, falta de liberdade), na igualdade o seu oposto não a nega, senão que muitas vezes a afirma.

---

<sup>42</sup> Tradução: se e em que medida é possível fundamentar racionalmente os juízos de valor necessários dentro do marco da máxima da igualdade.

Essa lição confirma a idéia de que, o princípio da igualdade não implica em que todos os indivíduos em todas as situações sejam absolutamente iguais, pelo contrário, impõe um reconhecimento das singularidades entre os indivíduos, e, quando necessário, exige o oferecimento de um tratamento que, valorizando-os em suas diferenciações, propicie uma maior igualação social.

Para que essa igualação ocorra, não é cabível que, no trato de situações que se equivalham, sejam instituídos regimes jurídicos diversos, ou, que situações não equivalentes, sejam disciplinadas de igual forma. É necessário que as discriminações fulcradas na lei sejam racionalmente justificadas, para que não venham a ofender o princípio da igualdade.

Impende clarificar que, ao reger as situações sociais, submetendo-as a disciplina dessas ou daquelas regras, a lei discrimina. E a palavra, dentro desse contexto, refere-se à separação de “algo” para torná-lo distinto, singular, diferenciado em dadas situações. Em De Plácido e Silva (1998, p.279), o vocábulo “discriminar”, derivado do latim *discriminatio*, “[...] é usado para indicar toda sorte de separação que se possa fazer entre várias coisas, entre várias funções ou encargos, distinguindo-as umas das outras, para que se diferenciem ou possam ser encaradas consoante a divisão”.

Nesse diapasão, Bandeira de Mello (2001, p.20), partindo das indagações citadas no tópico anterior, elenca alguns critérios capazes de identificar o desrespeito à igualdade e, portanto, se observados no exercício da atividade de legislar, servem como óbices a uma possível ofensa ao princípio igualitário e, via de consequência, ofensa à própria Constituição Federal. Quais sejam: o fator de discriminação ou discrimén escolhido, a correlação lógica entre esse fator de discriminação e a desequiparação procedida, e, a consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição.

Só a conjunção dos três aspectos é que permite análise correta do problema. Isto é: a hostilidade ao preceito isonômico pode residir em quaisquer deles. Não basta, pois, reconhecer-se que uma regra de direito é ajustada ao princípio da igualdade no que pertine ao primeiro aspecto. Cumpre que o seja, também, com relação ao segundo e ao terceiro. É claro que a ofensa a requisitos do primeiro é suficiente para desqualificá-la. O mesmo, eventualmente, sucederá por desatenção a exigências dos demais, porém quer-se deixar bem explícita a necessidade de que a norma jurídica observe cumulativamente aos reclamos provenientes de todos os aspectos mencionados para ser inobjeto em face do princípio isonômico. (BANDEIRA DE MELLO, 2001, p.22)

### **3.1.1 Fator de discriminação**

Como indica a própria denominação, “fator de discriminação” nada mais é que o elemento/requisito escolhido pelo legislador para tornar distintas coisas, pessoas, fatos ou acontecimentos, e que pode vir ou não ao encontro dos ditames igualitários apregoados na Constituição.

De duas observações iniciais, Celso Antônio Bandeira de Melo passa a considerar uma possível afronta a igualdade a partir do critério escolhido. Uma no sentido de poder haver com a edição da lei diferenciadora, criada a partir de um traço específico escolhido, uma norma que singularize no presente e de forma definitiva o sujeito a ser “colhido pelo regime peculiar”. Outra que diz respeito à possibilidade do traço escolhido para discrimén, não necessariamente residir na pessoa, coisa ou situação discriminada.

Partindo dessas considerações, Bandeira de Mello (2001, p.28-29) chega a uma série de constatações concluindo ao final que: 1. regra geral e abstrata jamais ofenderá o princípio da igualdade porque, assim sendo, supõe-se tratar de uma situação que abarca uma classe de sujeitos e que é reproduzível no tempo. Ou

seja, o traço específico erigido em critério diferencial não singulariza de modo absoluto, leia-se, no presente e indefinidamente, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar, o que levaria à privilégio ou favoritismo; 2. regra individual e concreta é passível de violar o princípio, salvo se, vista sob o prisma da individualidade, for “reportada a sujeito futuro, portanto, atualmente indeterminado ou indeterminável” e, se, analisada sob o enfoque da concretude, for no presente uma regra geral e não individual; 3. o elemento de discriminação deve estar presente na pessoa, coisa ou situação discriminada, sendo extraído delas mesmas, com o fim de que sua sujeição a um regime jurídico diferenciado possa ser fundamentada. 4. o fator tempo não pode, *per se*, ser objeto de discriminação, pelo contrário, o que deve ser considerado “é o fato, o acontecimento, transcorrido em certo tempo”.

Para que não haja, portanto, ofensa ao preceito constitucional isonômico, a norma legal criada não pode tornar exclusivo o sujeito a ser desequiparado por ela e, de igual forma, deve apresentar como fator de discriminação escolhido pelo legislador um elemento que resida nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas.

Diante do exposto, ainda que para o autor em comento não seja especificamente no fator de discriminação escolhido que reside a possível afronta ao princípio igualitário, mas na correlação lógica existente entre a escolha feita e o tratamento diferenciado a partir dela, se consideradas apenas sob esse aspecto, e num primeiro momento, parece que a adoção de políticas afirmativas na forma de cotas raciais para que os negros ingressem no ensino superior, não acarreta violação ao princípio igualitário, tampouco à Constituição, tendo em vista vincularem norma geral e abstrata, no primeiro sentido, por destinar-se a um grupo de pessoas classificados como negros e não a um único indivíduo negro e, no segundo sentido, por referir-se a uma situação capaz de se repetir no tempo, qual seja, o preenchimento de vagas nas universidades oferecidas ano após ano.

No entanto, escolher o critério racial como fator de discriminação implica algumas complicações no caso de países como o Brasil. Saber quem são os negros, para fim de beneficiá-los com a adoção de políticas afirmativas, é uma tarefa praticamente impossível num país altamente miscigenado e que adota como sistema racial o autotratamento.

Traçando um paralelo entre as realidades estadunidense e brasileira, com vistas a realçar o problema brasileiro na implantação de uma política que implique num tratamento diferenciado a partir do critério racial, cabe lembrar que, nos EUA, a sociedade escravocrata e segregacionista não apenas impossibilitou a miscigenação, vez que negros e brancos sequer se misturavam num mesmo lugar, mas, criou um critério de classificação racial segundo a ancestralidade do indivíduo<sup>43</sup>. Nos EUA, a não-miscigenação e o sistema de classificação com base na ancestralidade do indivíduo, facilitam a delimitação dos beneficiários de uma política afirmativa implantada com base na “raça”, e, do tratamento nela originado. Por meio desse sistema racial bastante excludente, atualmente, os negros nos Estados Unidos compõem apenas 13% da população (KAUFMANN, 2007, p.240-241).

Já no Brasil, a miscigenação foi facilitada por não tratar-se aqui de sociedade onde negro e branco viveram e vivem apartados, pelo contrário, conviveram, embora não pacificamente, desde a época da colonização, juntamente com o índio. O antropólogo Roberto Damatta (1993, pp.130-131), comentando sobre as diferenças existentes entre as sociedades brasileira e americana, com vistas a explicar o surgimento da “fábula das três raças” no Brasil, afirmou que a lógica aqui é de inclusividade e que o mestiço é elemento fundamental na ideologia nacional.

---

<sup>43</sup> O sistema de classificação racial norte-americano é birracial, e com base nisso, só há brancos e negros e, a mera gota de sangue negro (*one drop rule*) já torna o indivíduo um negro independentemente do fenótipo que apresente.

[...] no Brasil 'índio', 'branco' e 'negro' se relacionam por uma lógica de inclusividade [...] e que [...] não se pode esquecer que o 'mestiço' (como entidade cultural e politicamente valorizada) é um elemento fundamental na ideologia nacional brasileira em contraste com o que acontece nos Estados Unidos [...].

Se à possibilidade de miscigenação no Brasil, forem acrescentados os dados da pesquisa realizada em 1995 pela Folha de São Paulo e pelo instituto Datafolha, for observado o atual sistema de classificação racial - utilizado para fins demográficos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE - e, for considerado que, para a demografia, “negro é o somatório de preto e pardo” e, juntos, representam o percentual de 44,69% da população brasileira, pode-se dizer que no Brasil, descobrir os verdadeiros beneficiários de uma política afirmativa que eleja a “raça” como fator de discriminação, é muito complicado.

Portanto, vê-se que, caso seja confirmada a não violação da igualdade com a escolha do critério racial para a implantação de uma política de cotas visando ao ingresso do negro no ensino superior, já é perceptível que, no caso brasileiro, essa escolha pode acarretar grandes dificuldades na delimitação dos beneficiários da política, em razão da miscigenação do povo e da autoclassificação racial.

### 3.1.2 Correlação lógica entre o fator de discriminação e a desequiparação procedida

Outro critério que, levado em conta, pode obstaculizar uma violação ao princípio da igualdade, é a existência de um vínculo racional entre o fator de discriminação escolhido e o tratamento jurídico diferenciado a partir dele. A isso Bandeira de Melo chama de correlação lógica entre o fator de discriminação e a desequiparação procedida.

Leciona o autor, com base em uma gama de exemplos, que não é propriamente na escolha do fator de discriminação que reside, ou não, a agressão ao princípio da igualdade, mas, no nexos que há entre o fator eleito e o regime jurídico dispensado aos indivíduos inseridos na “categoria diferenciada”, surgida a partir dele. Noutras palavras, o critério escolhido há de dar razão ao tratamento diferenciado oferecido pela norma, e para tanto, não pode ser arbitrário, descabido, desproporcional, mas, sim, racionalmente adequado.

[...] é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto.[...] impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo.[...] a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada. (BANDEIRA DE MELLO, 2001, pp.38-39) (grifo nosso)

De forma similar, Alexy (2002, pp.395-398), após uma análise do princípio da igualdade à luz das fórmulas do Tribunal Federal Constitucional alemão, enlaça a possibilidade de insulto ao princípio geral da igualdade à idéia de arbitrariedade, enfatizando que, de acordo com a jurisprudência permanente do referido tribunal, a discriminação é arbitrária “cuando para la diferenciación legal no es posible encontrar [...] una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna forma, sea concretamente comprensible”<sup>44</sup>.

Entendendo, portanto, a arbitrariedade como uma conseqüência da irrazoabilidade, segue argumentando sobre a necessidade de que haja “uma razón suficiente para las justificaciones<sup>45</sup> [...]” o que por sua vez, significa que não havendo uma razão assim considerada, e, daí capaz de justificar a diferenciação, o que se ordena é a igualdade de tratamento: “Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de um tratamiento desigual, entonces está ordenado um tratamiento igual”<sup>46</sup>.

A *contrario sensu*, analisando o mandato de tratamento desigual, aduz que “si hay una razón suficiente para ordenar um tratamiento desigual, entonces está ordenado um tratamiento desigual”<sup>47</sup>, e disso conclui que o princípio da igualdade “prima facie, exige um tratamiento igual y solo permite um tratamiento desigual si puede ser justificado com razones opuestas”.<sup>48</sup>

Tais lições corroboram a compreensão de que o princípio da igualdade apresenta duas diretrizes: via de regra não havendo autorização racional que justifique um tratamento diferenciado, deve ser dispensado aos indivíduos um tratamento igualitário, por outro lado, é exigido um tratamento diferenciado se houver um fator de discriminação que lhe dê razão.

---

<sup>44</sup> Tradução: “quando para a diferenciação legal não é possível encontrar [...] uma razão razoável, que surja da natureza da coisa ou que, de alguma forma, seja concretamente compreensível”.

<sup>45</sup> Tradução: uma razão suficiente para as justificações [...]

<sup>46</sup> Tradução: se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual.

<sup>47</sup> Tradução: se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual.

<sup>48</sup> Tradução: *prima facie*, exige um tratamento igual e só permite um tratamento desigual se pode ser justificado com razões opostas.

Pode-se considerar, portanto, que um dos pontos nevrálgicos para se concluir se uma norma se conforma, ou não, ao princípio da igualdade, reside exatamente em perceber se o fator de discriminação escolhido é capaz de justificar racionalmente o díspar tratamento oferecido, tornando-o não arbitrário.

Por isso, para que a política de ação afirmativa implantada na forma de cotas raciais para o ingresso de negros no ensino superior, não acarrete violação à igualdade, e, portanto, a Constituição, é necessário percebê-la como “não gratuita ou fortuita”, mas, sim, racionalmente justificada.

Diante do exposto, a problemática do trabalho, nesse tópico específico, dar-se-á em duas vertentes: analisar se o que leva à baixa inclusão do negro no ensino superior é realmente a discriminação que sofre em razão da “raça”, e, examinar se um tratamento diferenciado por meio da utilização de cotas raciais é, ou não, arbitrário, descomedido, desproporcional.

### **3.1.2.1 Discriminação racial: real obstáculo de acesso dos negros ao ensino superior brasileiro?**

A escolha do critério que enseja a adoção de uma política de ação afirmativa deve ser feita de forma a que o tratamento diferenciado traçado se justifique. Para tanto, o fator de discriminação escolhido deve corresponder à causa que, verdadeiramente, atue de forma a impedir ou dificultar o acesso de apenas uma minoria a determinadas situações ou bens. (KAUFMANN, 2007, p.220)

Logo, se com a implantação de uma ação afirmativa na forma de cotas se espera possibilitar aos negros o acesso à universidade, necessário descobrir, qual a razão ou razões que servem de real obstáculo a esse acesso, para que a política seja “desenhada” de modo a que, adotada, consiga desobstruir o caminho para que essa minoria alcance o ensino superior, sem que, com isso, o tratamento distinto traçado implique numa violação à igualdade. Noutras palavras, necessário elucidar se é realmente a discriminação racial que leva o negro brasileiro à pouca inclusão e à baixa representação universitária. Nessa perspectiva algumas colocações devem que ser feitas e confrontadas.

A primeira colocação é no sentido de que, o ingresso no ensino superior no Brasil se faz mediante aprovação em exame vestibular. Este se consubstancia, numa seleção realizada de forma a, não serem postas em relevo quaisquer características físicas dos candidatos às vagas oferecidas, seja em cursos que denotem certo *status* social, ou, em cursos considerados como de menor relevância, afinal, os examinadores não tem acesso sequer ao nome, quem dirá ao fenótipo do candidato. Logo, sob esse prisma, já há como afirmar que a “raça” não é a causa do problema da pouca inclusão e da baixa representatividade negra no âmbito universitário, a discriminação racial não é o obstáculo ao alcance do ensino superior.

Afora isso, há quem diga que, o critério racial não deve ser levado em consideração quando a finalidade é promover acesso e a inclusão dos negros no ensino superior, pois, a “raça” não é realmente um entrave para esse acesso, e não o é, porque a tese de racismo contra os negros, no sentido de ideologia pregada e propagada, não se sustenta no Brasil ainda que sob um exame estatístico.

Para Kaufmann (2007, p.264-265),

Assertivas categóricas de que o Brasil se constitui em um país racista, tomando por base apenas os dados estatísticos [...] precisam ser analisadas com muita cautela. Os dados numéricos muitas vezes são interpretados como se constituíssem provas irrefutáveis de racismo, o que nem sempre é correto.

E segue:

[...] para que um país seja considerado efetivamente racista, é preciso que haja uma ideologia disseminada e consolidada por meio de leis, de programas de governo e de decisões judiciais, aceita pela opinião pública, inspiradora de movimentos, partidos e associações. E, se um país não for considerado racista, não significa necessariamente que não haja manifestações isoladas de preconceito ou de discriminação, mas apenas que tal prática é repudiada pelo cidadão médio que compõe a sociedade.

Kamel (2006, p.81), partindo de uma análise de dados estatísticos, defende a inexistência de racismo no Brasil sob a observação de que, na realidade brasileira, os defensores da teoria de que os brancos oprimem os negros, comparam estatisticamente “alhos com bugalhos”, quando o que deveriam fazer é, comparar “alho com alho e bugalho com bugalho”. Noutras palavras, os que defendem a idéia de que o racismo existe nesse país se fundamentam em uma interpretação equivocada de dados estatísticos, pois, simplesmente opõem a massa de números relativa a todos os brancos com a massa de números relativa a todos os negros, desprezando uma série de variáveis e, criando a ficção do branco e do negro médio.

[...] porque a média de todos os brancos somados - os paupérrimos, os pobres, os de classe média, os ricos, os milionários - é uma ficção o branco médio só existe nas estatísticas. Assim como o negro médio não existe na vida real. [...] é preciso comparar brancos e negros de mesmas características [...] O máximo que os pesquisadores fazem é pegar grandes grupos e compará-los. Por exemplo: os 25% mais pobres entre

os negros (sempre incluindo os pardos) e os 25% mais pobres entre os brancos. Mas esses dois grupos não são iguais: neles estão negros e brancos residentes em áreas urbanas e rurais, com nenhum, um, dois, três ou quatro filhos, com rendas que variam de zero até o limite máximo escolhido. Com tantas variáveis os dois grupos não são comparáveis. E as diferenças entre eles podem ter muitos motivos: racismo, número de filhos, área de domicílio, renda. (KAMEL, 2006, p. 82)

Transpondo a observação do autor para uma linguagem jurídica, a comparação há de ser realizada da seguinte forma: iguais com iguais e desiguais com desiguais na exata medida de suas desigualdades. Portanto, se o que estatisticamente se faz é a comparar brancos com negros, importa que a comparação se realize entre brancos e negros que possuam as mesmas características, pois, como já provado, a igualdade é relativa. E sendo assim, sempre que, em comparação, forem desconsideradas as diferenças entre os indivíduos, estar-se-á fazendo discriminação injustificada e, como consequência dela, ter-se-á agressão à igualdade que se tem por escopo promover, tomando os alhos, como se bugalhos fossem ou, juridicamente, os iguais como desiguais.

Com base em análise, extraída dos dados brutos da Pesquisa Nacional de Amostragem por Domicílio - PNAD de 2004, realizada pelo estatístico Elmo Lório entre brancos, negros e pardos detentores de mesmas características<sup>49</sup>, Kamel (2006, pp.83-84) verificou que as diferenças estatísticas entre esses grupos eram praticamente irrelevantes, e que brancos, negros e pardos, classificados como pobres possuíam semelhantes perfis escolares e dificuldades financeiras. Quanto ao perfil escolar:

A pesquisa mostra que [...] 73% dos brancos, 72% dos negros e 69% dos pardos sabem ler e escrever. Que a média de anos de estudos para negros, brancos e pardos é de cinco anos. Trinta e seis por cento dos brancos, 35% dos negros e 36% dos pardos tem entre quatro e sete anos de estudo. Doze por cento dos brancos, 11% dos negros e 10% dos pardos estudaram entre 11 e 14 anos. [...] o ensino fundamental foi o

---

<sup>49</sup> As tabulações da pesquisa foram feitas entre brancos, negros e pardos residentes em áreas urbanas, com um filho e rendimento familiar total de até dois salários.

curso mais elevado que 54% dos brancos, 57% dos negros, e 61% dos pardos já freqüentaram. Já para 24% dos brancos, 22% dos negros e 21% dos pardos, o curso mais elevado foi o ensino médio. O número de brancos, negros e pardos que concluíram o ensino superior é desprezível, embora a vantagem seja dos brancos.

Quanto às dificuldades financeiras:

45% dos brancos, 45% dos negros e 47% dos pardos começaram a trabalhar entre os 10 e os 14 anos de idade; 25% dos brancos, 25% dos negros e 23% dos pardos começaram a trabalhar um pouco mais tarde entre 15 e 17 anos de idade; [...] 36% dos brancos, 39% dos negros e 40% dos pardos não tem carteira assinada; e 24% dos brancos, 23 % dos negros e 27% dos pardos trabalham por conta própria.

Fundado nesses dados, dentre outros, Kamel (2006, pp.84-85) chegou à conclusão de que, no Brasil, não há racismo, não há de se falar em opressão da raça branca sobre a raça negra, ainda que existam atos isolados de preconceito, e, por tal razão, a adoção de cotas, com base na “raça”, não tem razão de ser. Para o autor, o que deve ser feito é um investimento maciço na educação pública oferecida para que, todos os indivíduos que tenham as mesmas dificuldades financeiras – sejam brancos, pardos ou negros – tenham oportunidade de ingressar em uma universidade, caso possuam esse objetivo.

A pesquisa não deixa dúvidas de que não é a cor da pele que impede as pessoas a chegarem a universidade, mas a péssima qualidade das escolas públicas que os pobres brasileiros, sejam brancos, negros ou pardos, podem freqüentar. Se o impedimento não é a cor da pele cotas raciais não fazem sentido. [...] a solução é o investimento maciço em educação e jamais soluções mágicas [...]

Reforçando esse entendimento de não justificação, cabe citar o conhecido problema brasileiro referente à qualidade do ensino público oferecido. É unanimidade que a realidade do ensino público fundamental e médio é contrastante com a realidade do ensino público superior. No primeiro, o nível qualitativo é considerado péssimo quando comparado ao que é oferecido pelas escolas particulares; no segundo, é considerado muito bom quando em mesma comparação.

Não há divergência também no fato de que os indivíduos que possuem melhores condições financeiras, sejam eles brancos ou negros, em razão da má qualidade do ensino público fundamental e médio, optam por estudar em escolas particulares e, diante disso, se tornam mais bem preparados para concorrerem e ingressarem nas universidades públicas, ainda que possuam condições financeiras de cursar faculdades particulares. De modo contrário, os egressos de escolas públicas concorrem, embora não tão bem preparados, apenas às poucas vagas das universidades públicas, por não terem recursos para cursar as faculdades particulares.

Tal constatação, no mínimo, revela que o problema da baixa inclusão e pouca representatividade negra possui uma matiz econômica e um viés que passa pela qualidade do ensino público oferecido, atingindo, portanto, os brancos e negros que não possuam recursos para se preparar para o exame de ingresso no ensino superior, o que leva a conclusão de que a adoção de medidas tomadas com base no critério “racial”, não se justifica no caso de políticas que visem ao ingresso do negro no ensino superior brasileiro.

De igual forma, Bellintani (2006, p.246) observa que a possibilidade de um tratamento diferenciado com base na “raça”, deve derivar de um preconceito havido em função do elemento racial, e, diante dessa observação, afirma que, em alguns casos, como na preferência no campo de trabalho, existe a possibilidade de utilização do critério racial, todavia, no acesso ao ensino superior esse preconceito inexistente e, portanto, não deve ser a “raça” o critério a motivar o

tratamento diferenciado oferecido com base na adoção de cotas para o ingresso em universidades.

Decerto a raça pode ser sim um elemento a ser considerado como fator de discrimen em determinados casos, como no das preferências no campo laboral [...] diferente de tal caso é a reserva de vagas no ensino superior para negros e pardos, já que no processo seletivo brasileiro não há discriminações [...] não é a discriminação racial que ocasiona o reduzido numero de afro-descendentes nas universidades e sim o baixo nível das escolas públicas de ensino fundamental e médio e a situação financeira de grande parcela da população brasileira [...].

No mesmo sentido Kaufmann (2007, pp.211-212), num paralelo entre o racismo americano e os atos pontuais de discriminação que ocorrem no Brasil informa que

[...] no Brasil, decerto não há como reunir indícios fortes o suficiente para se demonstrar que o problema de inserção do negro nas camadas sociais mais elevadas decorre exclusivamente da cor de pele. [...] o preconceito e a discriminação contra os negros funcionam como uma barreira a ser derrubada, mas tal obstáculo não é o único, nem mesmo nos parece ser o mais importante.

Portanto, também sob o aspecto da existência de racismo, a utilização da “raça” como fator de discriminação para a adoção de cotas no ensino superior não se justifica e, portanto, se utilizada, acarreta violação ao princípio da igualdade.

Como dito, no começo desse tópico, a escolha do critério de discriminação escolhido deve dar azo ao tratamento diferenciado e, para isso, deve corresponder à causa que verdadeiramente atue de forma a impedir ou dificultar o acesso de apenas uma minoria a determinadas situações ou bens.

Em síntese, viu-se que a real causa para o problema do acesso e da baixa representatividade dos negros no ensino superior brasileiro não é a “raça”: seja

porque o exame de admissão das universidades brasileiras desconsidera as características físicas dos candidatos; seja porque se comparativamente considerados, a partir de iguais características, negros, pardos e brancos pobres se encontram em situação similar na área da educação, ou; seja em razão da baixa qualidade do ensino público fundamental e médio, que acaba por concentrar um maior número de vagas nas mãos dos que possuem condições financeiras de mais bem se prepararem, independentemente da cor da pele que possuam.

Dessa forma, se a política afirmativa implementada deve ser “desenhada” de modo a que desobstrua o caminho para que os negros alcancem a universidade, a “raça” não deve ser o critério de discriminação escolhido para dar causa ao tratamento diferenciado, pois sua utilização é injustificada e gera a violação do princípio da igualdade.

### **3.1.2.2 A proporcionalidade na utilização de cotas para o acesso de negros no ensino superior brasileiro**

No tópico anterior demonstrou-se que, a “raça” não pode ser erigida a fator de discriminação com vistas à adoção de cotas raciais para o ingresso dos negros no ensino superior brasileiro, o que, por si só, prejudica o exame do sub-tópico ora iniciado afinal, inexistindo essa possibilidade, não há como considerar a existência de correlação lógica entre sua utilização como fator de discriminação e o tratamento diferenciado oferecido por meio de uma reserva de vagas.

Mesmo assim, visando a estudar o tema sob a maior gama de variáveis, será averiguado também se as “cotas raciais” passam pelo crivo da proporcionalidade.

Diante disso, a partir de agora, observar-se-á se, na hipótese de que a “raça” pudesse ser considerada causa para um tratamento diferenciado, conferido aos negros com o fim de ingressarem no ensino superior, poderia sê-lo como critério eleito para a adoção de um sistema de cotas.

Já foi dito que, o tratamento diferenciado permitido pela idéia de igualdade, deve dar-se à luz de parâmetros constitucionais, para que não se legisle em vão. Tais parâmetros funcionam como limites justificadores de um tratamento diferenciado em dois momentos seqüenciais: impedindo que, durante o processo de elaboração de uma lei, os seus enunciados normativos sejam editados de forma arbitrária, e, fornecendo subsídios para que o aplicador da lei proceda à análise sobre a constitucionalidade ou não da norma veiculada, caso seja levado a se pronunciar nesse sentido.

Diante disso, cabe trazer a lição de Silva (2003, p.100), para quem a constitucionalidade da distinção do tratamento “deve ser aferida através de um juízo de proporcionalidade que caracterizará o discrimen eleito como justificado (ou não) e, portanto, harmonioso com a ordem constitucional (ou não)”.

Inserindo essa lição no campo das políticas afirmativas, cabe colacionar o alerta de Bellintani (2006, pp.110-111) quanto à relevância que a proporcionalidade assume nessa seara, percebendo-a como de exame fundamental quando da adoção de políticas que visem a concretizar o princípio da igualdade, no escopo de que não reine o arbítrio e com ele a afronta ao aludido princípio.

[...] Quando é salientada a necessidade de adoção de determinada ação afirmativa, algumas questões devem ser formuladas, para se saber se esse mecanismo encontra-se dentro dos padrões de constitucionalidade exigidos: é constitucional o critério de diferenciação? É constitucional o fim de diferenciação? O critério de diferenciação é adequado ao fim que com ele se pretende alcançar? O mecanismo escolhido é necessário para alcançar o escopo pretendido? O instrumento criado é proporcional aos fins que se almeja atingir? [...] Quando da aplicação do princípio da igualdade, uma vez extrapolados os limites da adequação, necessidade

ou proporcionalidade stricto sensu, subprincípios da proporcionalidade, verifica-se a existência do arbítrio, do ilógico, do injusto.

Com fulcro nas lições acima se pode afirmar que a proporcionalidade instrumentaliza a igualdade assumindo uma feição de limite, de parâmetro para o legislador, posto em relevo nesse trabalho, e, também, não há como esquecer, para o aplicador, tolhendo ações ilimitadas.

Partindo de uma distinção na qual reconhece a proporcionalidade como um postulado normativo aplicativo, no sentido de norma estruturante da aplicação de princípios e regras, Humberto Ávila (2005, pp.112-113) afirma que há problemas na aplicação da proporcionalidade e eles se referem à uma tríade de exames, quais sejam: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito, ou, respectivamente, examinar se o meio escolhido corresponde ao fim almejado, se o meio escolhido, entre outros disponíveis e igualmente adequados, é o menos gravoso, e, se as vantagens geradas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio.

Retomando, tendo-se por objetivo saber se cotas raciais para fim de ingresso dos negros no ensino superior violam ou não o princípio da igualdade, tem-se que elucidar não apenas se é efetivamente em razão da “raça” que os negros não ascendem à universidade, mas, também, se as cotas que a utilizam como critério de discrimen são medidas adequadas, necessárias e mais vantajosas para esse fim, vez que, o meio utilizado, no caso, “cota racial”, não pode ser arbitrário, descomedido, desproporcional ao fim pretendido, qual seja: possibilitar o acesso dos negros ao ensino superior, incluindo-os socialmente.

Nesse desiderato, sob a forma de questão: a adoção de uma política afirmativa na modalidade de cotas, reservando um percentual fixo de bens escassos à minoria negra exclusivamente em razão da “raça”, é o meio adequado, necessário, e mais vantajoso para a inclusão dos negros nas universidades brasileiras?

### 3.1.2.2.a Exame de adequação

A análise sob o prisma da adequação é a primeira da tríade de exames que deve ser realizada com o fim de saber se norma ou ato do poder público se enquadra nos parâmetros da proporcionalidade, por referir-se à pertinência, à congruência na relação “meio empregado X fim pretendido” controlando intrinsecamente a atividade legiferante. (BARROS, 2003, p.78)

O que se quer, portanto, por meio de um juízo de adequabilidade é descobrir se o meio escolhido pelo legislador é apropriado para o resultado que se pretende atingir com a edição normativa, se serve ao fim a que foi destinado, ou ainda, se o meio é apto para conduzir ao “ambicionado resultado concreto” (ÁVILA, 2005, p.114), “excluída qualquer consideração no tocante ao grau de eficácia dos meios tidos como aptos a alcançar o fim desejado” (BARROS, 2003, p.78). Trata-se, pois, tão só de “controlar a relação de adequação medida-fim.” (CANOTILHO, 2003, p.270)

Nesse intento, fazem-se importantes os questionamentos de Humberto Ávila (2005, pp.118-119) no tocante ao que significa ser um meio adequado à realização de um fim, a como deve ser analisada a relação de adequação e, a qual deve ser a intensidade do controle das decisões adotadas pelo poder público, diante dos quais ele chega às seguintes conclusões: que o meio empregado deve promover o fim pretendido, independentemente de ser o melhor meio ou o mais seguro, ou seja, deve minimamente “servir para”; que sob a hipótese de uma atuação pública para uma generalidade de casos, tal como ocorre com a edição de atos legislativos, a medida será adequada se, abstrata e geralmente, servir de instrumento para a promoção do fim, ou seja, se possivelmente e na maioria dos casos, com sua adoção se atingir o fim pretendido e; que o exame da adequação

só pode invalidar a medida adotada se a incompatibilidade havida na relação “meio X fim” for inconteste.

À luz das conclusões do autor em comento, vê-se que a adoção de cotas raciais para que os negros tenham acesso ao ensino superior passa pela análise da adequabilidade. A uma, por não haver a necessidade de se fazer ponderação quanto à segurança ou à melhor aptidão da medida nesse primeiro momento de análise; a duas, por prestar-se realmente ao fim a que se destina, vez que o acesso dos negros certamente ocorrerá com uma reserva de vagas para tanto. E a três, por não haver nenhuma incompatibilidade clara entre o meio escolhido e o fim pretendido, ao contrário, o que se percebe com clareza, é que há coerência na reserva de um percentual de vagas tomando por base o aspecto racial do indivíduo se o que se almeja é promover o acesso de uma “raça” específica, afinal, incontestavelmente, o acesso dos indivíduos que se enquadrem no biotipo será promovido, aumentando-se a representatividade da “raça” nos bancos acadêmicos.

### **3.1.2.2.b Exame da necessidade**

O segundo juízo que deve ser realizado quando se quer analisar a proporcionalidade de uma medida, é examiná-la pelo enfoque da necessidade ou exigibilidade. Tal exame assume duas feições: a primeira concernente a uma igualdade de adequação de meios, e a segunda referente a um menor dano possível. No ensino de Humberto Ávila (2005, p.122)

o exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados.

Noutras palavras, o juízo de necessidade incorpora a idéia de que, havendo possibilidade de escolha, “dos males, o menor”, ou nas palavras de Canotilho (2003, p.270) “[...] coloca a tônica na idéia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível [...]” e por assim ser, é exigível “a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adotar outro meio menos oneroso para o cidadão”.

No desiderato de descobrir se a adoção de cotas raciais com o fim de que os negros ingressem no ensino superior é realmente necessária, cabe investigá-la em duas etapas: primeiramente verificar se há outros meios para a promoção do mesmo fim e em segundo lugar se, existindo, seriam as cotas raciais o meio menos restritivo na consecução do fim por afetarem em menor medida os direitos fundamentais. (ÁVILA, 2005, p.122) Afinal: há outro meio capaz de promover o acesso dos negros nas universidades com um menor grau de atrito social que as cotas raciais?

Por tudo que já foi discutido, viu-se que a adoção de cotas que reservem um percentual de um bem socialmente escasso, tal qual vagas em universidades, não parece ser a única e nem a menos gravosa forma de se inserir um indivíduo pertencente à minoria negra no ensino superior brasileiro.

Como se viu no capítulo segundo, a adoção do sistema de cotas é apenas uma das formas de se implantar políticas de ação afirmativa que favoreçam o acesso à universidade com o condão último de gerar uma maior igualação social no âmbito do ensino superior. Nesse diapasão, pode-se citar, por exemplo, como uma alternativa para o sistema de cotas o programa PROUNI, criado pelo governo federal em 1995, que concedendo bolsas de estudo total ou parcial para os egressos da escola pública, torna possível a entrada de estudantes negros, bem

como de brancos, amarelos ou pardos nas universidades particulares do país. Outro exemplo consiste no oferecimento de curso preparatório gratuito para o ingresso na universidade que atinge os brancos, amarelos, pardos e também os negros que, por serem igualmente pobres e porque não puderam se preparar em igualdade de condições com os mais abastados, na luta travada para um possível alcance das escassas vagas no ensino superior. Há ainda o uso do sistema de preferência no qual, em igualdade de condições, havendo empate, pode-se conceder a preferência de acesso na universidade aos negros. Portanto, existem outros mecanismos que podem funcionar como alternativa à consecução do fim de que negros ingressem no ensino superior.

Percebeu-se também ao longo do trabalho que a adoção de cotas raciais é medida que implica verdadeira discriminação positiva, pois almeja um resultado imediato e não uma igualdade de oportunidade para determinados indivíduos, consubstanciando-se, portanto, em mecanismo flagrantemente traumático para a parcela social não contemplada por ela.

Se for lembrado o contraponto feito entre a lição de Dworkin e a realidade brasileira, esplanada no capítulo anterior, por meio do qual se observou que a adoção de cotas raciais no Brasil acaba por gerar maior grau de consciência racial e com isso maior tensão entre as diferentes “raças”, vê-se que a implantação de cotas denota certa gravidade para o equilíbrio social, gerando inclusive, para uma parcela dos negros, o sentimento de que por meio de cotas tornam-se mais suscetíveis à discriminação do tipo “passou por ser negro e não por ser capaz” e, não há como desconsiderar a gravidade disso no equilíbrio social.

Percebeu-se também que a adoção de um sistema de cotas que eleja a “raça” como fator de discriminação, por desconsiderar outras características que não o fenótipo do indivíduo, acaba por incluir entre os beneficiários da medida implantada, os negros que dela não precisam, bem como, por excluir os brancos que padecem da mesma falta de oportunidade que alguns negros para

ingressarem na universidade. O que nos parece algo gravoso por violar o princípio da igualdade que também proíbe discriminações injustificadas.

Nesse modo, o princípio da igualdade é aviltado como conseqüência de uma atividade legislativa a menor, e em razão de uma atividade legislativa a maior, fenômenos conhecidos, respectivamente, na doutrina norte-americana, por *underinclusiveness* e *overinclusioneness*, ou ainda, nas expressões de Carlos Roberto Siqueira Castro (apud, SILVA, 2003, p.94), por subabrangência e superabrangência legal.

As situações de subabrangência legal ocorrem quando na classificação legislativa o tipo legal diz menos do que deveria dizer, e, conseqüentemente, deixa-se de alcançar, com a norma editada, pessoa, bens ou situações que também deveriam ter sido abarcadas, uma vez que semelhantes às que são contempladas por ela. Já a superabrangência legal refere-se aos casos em que o legislador, ao criar uma lei, inclui no tipo legal, situações que, por serem dessemelhantes, mereceriam um tratamento jurídico diferenciado e, à margem disso, são incluídas no mesmo texto normativo.

Em ambas as situações, os tratamentos jurídicos dispensados, que deveriam ter sido instituídos no desiderato de promover uma maior igualdade na sociedade, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, ao contrário, acabam por desigualar iguais, ou, igualar desiguais, o que, indubitavelmente, aumenta as discrepâncias sociais.

Conforme desvendado no capítulo primeiro, o princípio da igualdade assimilou ao longo dos tempos a idéia de obrigatoriedade de diferenciação sob a qual a adoção de ações afirmativas se faz possível. Todavia, não se pode olvidar que outra idéia absorvida por ele consiste na de proibição de discriminação negativa, o que ocorre sempre que o tratamento diferenciado dispensado pela medida iguala indivíduos em dessemelhantes situações, ou desiguala indivíduos em situações similares.

No âmbito das ações afirmativas, deixou-se claro no capítulo segundo, quando do estudo da justiça distributiva, que o que se quer por meio da redistribuição de bens e oportunidades sociais é fazer justiça no presente, e, para tanto, os beneficiários das políticas implantadas devem estar em paridade de condições/situações. Noutras palavras, a medida afirmativa adotada não trará justiça e violará o princípio da igualdade se os indivíduos a quem se destinarem estiverem em desiguais condições e mesmo assim forem tratados como iguais, ou ainda, se não incluírem aqueles que são encontrados em iguais condições tratando-os como desiguais.

Portanto, embora as políticas afirmativas visem a concretizar o princípio da igualdade, absorvendo a idéia de obrigatoriedade de diferenciação inserida no mesmo, se, de alguma forma, igualarem desiguais ou desigualarem iguais estarão, ao contrário, fomentando a discriminação que têm por fim mitigar ou extirpar da sociedade, pois seus beneficiários não estarão em paridade de condições.

No caso das cotas raciais para que negros ingressem no ensino superior brasileiro, a concessão do percentual de vagas aos que se autodeclaram negros simplesmente pelo fenótipo que apresentam, sem levar em conta outros aspectos que não a "raça" apresentada, pode, por um lado, abarcar indivíduos que gozem de condições de igual oportunidade para fim de ingresso na universidade, por exemplo, os negros que fazem o ensino médio em escolas de boa qualidade, e, por outro, podem excluir do benefício indivíduos de outras "raças" que deveriam ser incluídos na política por estarem em igual situação de desprivilégio que os negros, por exemplo, os brancos que não tiveram condições de ter um ensino médio de boa qualidade.

Portanto, o princípio da igualdade é violado quando se adota uma política de cotas que considere a "raça" como critério único para ingresso no ensino superior, por possibilitar a inclusão de quem poderia fazê-lo em igualdade de condições com outras "raças", equiparando desiguais ou, por impossibilitar que sejam incluídos

por meio dela quem não detém a possibilidade de consegui-lo, ainda que em igual oportunidade, desequiparando iguais. A violação ocorre em razão da discriminação negativa havida no primeiro caso, por meio de uma igualdade a maior e, no segundo, através de uma igualdade a menor. O que leva a pensar que a implantação da medida pode acarretar grandes ônus sociais.

Kaufmann (2007, p.272), examinando as cotas raciais sob o prisma da necessidade, observa que a adoção de ação afirmativa para negros pobres atenderia ao fim visado, pois, seria medida mais bem desenhada à realidade brasileira, vez que teria como destinatário somente os negros que não possuísem condições financeiras de ter tido um ensino médio de qualidade em razão da situação do ensino público fundamental e médio no Brasil, excluindo os negros da classe média e alta que não necessitariam da medida.

O exame da necessidade apresenta a mesma carga normativa do critério *narrowly tailored* – estreitamente desenhado - eleito pela Corte norte-americana como base para análise da constitucionalidade de qualquer programa afirmativo em que a raça seja um critério a ser levado em consideração. Assim a utilização de ações afirmativas para negros comprovadamente pobres atenderia ao objetivo visado [...] e por outro lado, constituir-se-ia em política melhor desenhada, porque mais específica, diminuindo, ainda que em pouco, a margem de pessoas reversamente discriminadas - os brancos pobres. Desse modo, as medidas seriam as mais limitadas possíveis, visando a atender ao objetivo da integração, porquanto não ampliariam o programa demasiadamente, para negros ricos ou de classe média alta. Por tais indivíduos não terem sofrido as mesmas barreiras que os negros pobres, a adoção apenas do critério racial terminaria por violar o princípio da igualdade em relação aos brancos pobres [...].

Parece ser essa também a posição de Kabengele Munanga (2004, pp.51-56), negro, professor-titular da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências humanas da USP, em entrevista concedida à Revista Estudos Avançados, em 13/02/2004.

Para mim, as cotas são uma medida transitória, para acelerar o processo. No entanto, julgo que não somente os negros, mas também os brancos pobres têm direito às cotas. Se as cotas forem adotadas, devem ser cruzados critérios econômicos com critérios étnicos. Porque os meus filhos não precisam de cotas, assim como outros negros da classe média.

Dessarte, se percebe que a adoção de cotas raciais para que os negros ingressem no ensino superior brasileiro não é medida necessária, por não ser a mais adequada dentre outras, e nem a menos gravosa aos direitos fundamentais da parcela por ela não beneficiada. Pelo contrário, em resposta à questão no princípio suscitada, qual seja: há outros meios capazes de igualmente promover o acesso dos negros nas universidades com um menor grau de atrito social que as cotas raciais? Pode-se dizer que é possível a adoção de um outro meio menos oneroso, ou mais suave, um meio que seja “estritamente desenhado” à realidade brasileira, onde a “raça” não é a causa do não acesso dos negros nas universidades.

Pode-se, para tanto, valer-se do fomento na educação pública de qualidade, de sistema que de preferência aos negros, dos cursos preparatórios para o exame vestibular aos reconhecidamente pobres, incluindo, portanto, os negros que aí se enquadrem e que, de fato, são os que precisariam da medida, de um sistema de incentivo fiscal como o PROUNI, ou ainda, de cotas que dêem relevância ao aspecto econômico, com o fim de que, melhor desenhada, seja incluído no ensino superior, de forma menos onerosa à sociedade, a parcela de negros que realmente dela precisem, quais sejam: os negros que não tiveram condições de se preparar para o ensino superior dada a precariedade no sistema educacional público.

Portanto, a adoção de cotas raciais para o ingresso dos negros no ensino superior não passa pelo crivo da necessidade, o que implica em que, ainda que a medida seja adequada, não é a mais adequada, e nem a que menos dano causa.

### 3.1.2.2.c Exame de proporcionalidade em sentido estrito

O último parâmetro de exame nessa tríade da proporcionalidade consiste na proporcionalidade em sentido estrito, também conhecida por regra da ponderação, e deve ser realizado sucessivamente aos testes da adequabilidade e da necessidade.

Para Canotilho (2003, p.270), quando a proporcionalidade é examinada sob esse aspecto, o que ocorre é que

meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

Portanto, o que se há de perguntar, numa análise da proporcionalidade em sentido estrito, é se as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens provocadas pela adoção do meio (ÁVILA, 2005, p.124).

Transpondo a lição para o campo das políticas afirmativas, o juízo da proporcionalidade em sentido estrito busca perquirir se, os resultados vantajosos obtidos com a adoção dessas políticas correspondem aos eventuais sacrifícios que elas podem implicar a outros direitos constitucionalmente protegidos, ou direitos constitucionalmente protegidos de outros indivíduos (BELLINTANI, 2006, p.130). De um lado, existe a necessidade de programas afirmativos para a integração do negro, e do outro, a violação aos direitos dos demais cidadãos que, por não serem negros, são atingidos negativamente pelos programas em questão.

Tendo-se sempre em mente que as normas não devem ser fontes de privilégios ou discriminações, sob pena de ferirem o princípio da igualdade, e serem eivadas do vício da inconstitucionalidade, o que deve ser buscado é o melhor equilíbrio possível entre o que se promove e o que se sacrifica com a adoção da medida.

Nessa seara, deve-se ponderar qual a justa medida para o atingimento do fim pretendido. Conforme verificado anteriormente, o problema do não ingresso e, portanto, da não inclusão e pouca representatividade negra nas universidades brasileiras não é o preconceito em razão da “raça”, mas um problema de matiz principalmente financeira, aliado à baixa qualidade do ensino público brasileiro nos níveis fundamental e médio, e, por essa razão, parece ser descabida, por desproporcional, uma medida que, sendo implantada com o fim último de promover a igualdade, ao inserir determinada minoria, prive de seus efeitos indivíduos que nela deveriam ser enquadrados, simplesmente por se classificarem noutra raça, o que leva a crer que a adoção de cotas raciais para o ingresso dos negros no ensino superior não passa também pelo crivo da proporcionalidade em sentido estrito.

Com base nisso, parece que a justa medida estaria na melhoria do ensino público nos níveis supra citados, ou ainda, na adoção de medidas que considerassem o aspecto econômico do indivíduo e não a cor da pele que possui, por exemplo, medidas para os egressos da escola pública.

Resumindo, pelo exposto e analisado nesse tópico, observou-se que, não sendo a “raça” a causa da não inclusão e da baixa representatividade negra nas universidades, o critério racial não se justifica como fator de discriminação de uma medida que vise ao acesso da minoria negra no ensino superior, ocorrendo, portanto, com a sua utilização, violação ao princípio da igualdade que se quer promover. Todavia, fosse possível o uso da raça, ainda assim as medidas adotadas na modalidade de cotas raciais violariam o princípio, pois, não passariam pelo exame da proporcionalidade, pois, ainda que as medidas tenham

passado pelo crivo da adequação, não foram aprovadas no exame da necessidade e nem da proporcionalidade em sentido estrito.

Disso resulta que, não há de se falar em correção lógica entre o critério escolhido e a desequiparação procedida. Cotas raciais não justificam o tratamento diferenciado conferido aos negros para que ingressem no ensino superior e assim, com sua utilização, faz-se discriminação, desigualando-se iguais e igualando-se desiguais, e o princípio da igualdade acaba por ser violado, pois, não havendo razão que justifique o tratamento diferenciado, a regra é a igualdade no tratamento dispensado aos indivíduos.

### **3.1.3 Consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição**

Bandeira de Mello (2001, p.41) leciona que, não basta haver “correlação lógica” entre o fator de *discrímén* e a situação jurídica diferenciada para que não haja afronta ao princípio isonômico. Necessário ainda que, *in concreto*, também se tenha consonância, harmonia entre a correlação referida e os preceitos constitucionais reguladores de toda a ordem jurídica, sob pena de inconstitucionalidade. Dito de outra forma, necessário saber se a Constituição autoriza a correlação em causa.

Portanto, a discriminação legal e o tratamento diferenciado dela surgido se legitimam como não violadores do princípio da igualdade se, além de justificadamente se relacionarem entre si, essa relação for ao encontro dos interesses jurídicos prestigiados constitucionalmente.

[...] não basta a exigência de pressupostos fáticos diversos para que a lei distinga situações sem ofensa à isonomia. Também não é suficiente o poder-se arguir fundamento racional, pois não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão só aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima. Fora daí ocorrerá incompatibilidade com o preceito igualitário (BANDEIRA DE MELLO, 2001, p.43).

Logo, tais interesses funcionam como um *plus* à justificativa embasadora dos regimes jurídicos que impliquem no excepcional tratamento desigual em face do fator de discriminação escolhido. E, assim sendo, o fato de a problemática do trabalho não ter passado pelo crivo da correlação lógica prejudica o prosseguimento da análise nesse ponto específico, vez que já se observou a afronta ao princípio da igualdade. Apesar disso, a questão será comentada sob o prisma da consonância com a Constituição, com o fim de percebê-la à luz de todos os critérios expostos por Bandeira de Mello.

Nesse desiderato, “surge o problema de saber se as palavras ‘sexo’, ‘raça’ e ‘ cor’ não estão flagrantemente afastadas como critérios diferenciadores legítimos” conforme a Constituição do País no qual será implantado o excepcional tratamento (SELL, 2002, p.53), no caso, a Carta brasileira.

Exemplo de interesse jurídico prestigiado pela nossa Constituição é a disposição consagrada no art. 3º, IV da CF/88, segundo o qual a República Federativa do Brasil objetiva fundamentalmente buscar promover o bem de todos livre de preconceitos de origem, raça, credo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

O entendimento dominante é o de que o escopo dessa norma constitucional proibitiva de distinções em favor do bem de todos é, tão somente, vedar diferenciações que assumam uma feição negativa, discriminações de teor negativo, e não proibir o acolhimento de um critério que distinga positivamente.

“Quanto às discriminações em sentido técnico-jurídico, estas podem ser feitas se favoráveis aos grupos marginalizados e com vistas a conceder-lhes uma relativa aproximação aos grupos dominantes” (SELL, 2002, p.53-54).

Portanto, sob o prisma da promoção de igualdade geral, não é descabido dizer que, em tese, as políticas de ação afirmativa possam ser adotadas com base, por exemplo, no critério racial<sup>50</sup>. Todavia, a sua constitucionalidade deve ser observada no caso concreto, quando de sua utilização em modalidade específica, e para um fim também específico. (KAUFMANN, 2007, p.268)

Logo, se a questão é saber se a adoção de cotas que reservem vagas nas universidades exclusivamente em função da raça se coaduna com o que a Constituição dispõe, deve-se, no mínimo, conhecer, além do posicionamento constitucional concernente à promoção de igualdade, já explanado ao longo do trabalho, também o referente ao ingresso no ensino superior brasileiro.

Nesse diapasão, o art. 208, V, da CF/88 enuncia que “o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”.

Tal dispositivo demonstra que, para a Constituição brasileira, o Estado não tem só o dever de dar concretude ao direito fundamental à educação, mas também de garantir o acesso ao ensino superior segundo o mérito de cada um. Ou seja, com fulcro na Constituição, o fator capaz de propiciar o ingresso do indivíduo no ensino superior é o seu mérito individual.

O vocábulo “mérito” é entendido como aquilo que torna uma pessoa considerada capaz para alguma coisa, e deve ser sempre levado em consideração quando de

---

<sup>50</sup> Independentemente da possibilidade de uso do critério racial com vistas ao favorecimento de marginalizados, a sua presunção de inconstitucionalidade é fortíssima o que levou a doutrina e jurisprudência americana a considerarem as classificações feitas com base na “raça” como “odiosas ou suspeitas”, e, por tal razão, passíveis de um rigoroso controle de constitucionalidade.

processos seletivos, ainda que nem sempre em caráter de exclusividade. (BELLINTANI, 2006, pp.86-87)

Diante disso, muito se tem discutido sobre uma possível violação ao preceito constitucional exposto no inciso V do art. 208 da CF/88, quando são implementadas políticas de cotas que elejam exclusivamente a raça como critério para ingresso no ensino superior, desconsiderando totalmente a idéia de que é preciso selecionar os que concorrem em processos seletivos segundo os méritos que possuam.

Sobre tal questão, leciona Santos, *apud* Bellintani (2006, p.113), que o “[...] principal argumento contra as cotas para negro no vestibular foi o de que o mérito deve ser critério exclusivo de seleção para a universidade; que é preciso selecionar os melhores independentemente da cor/raça do(a) candidato(a)”.

Tomando por base o princípio da unidade da Constituição (BARROSO, 2006, p 362) - segundo o qual se impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre as normas, sob o fundamento de que as antinomias detectadas por ele serão sempre aparentes e, por isso, solucionáveis pela busca de um equilíbrio entre elas ou, pela legítima exclusão de incidência de algumas delas por haver o constituinte disposto nesse sentido, vê-se que a melhor solução na busca por harmonia constitucional entre o mérito e a promoção de igualdade material parece ser o sistema de preferência e não o sistema de cotas.

E é assim, pois, na adoção de um sistema preferencial, os candidatos hão de demonstrar, inicialmente, ter qualificações que, sendo equivalentes, os tornem igualmente capazes para ingressar na universidade – o que se compatibiliza com os princípios da igualdade e do mérito, para daí, subsidiariamente, se valerem da sua “raça” como um critério de desempate, tal qual se faz com a idade nos concursos públicos.

Portanto, ainda que a adoção de cotas raciais houvesse sido superada quando do exame da tríade da proporcionalidade – o que não aconteceu e aqui se admite por

hipótese meramente especulativa – também por desprestígio ao princípio do mérito, deve ser reconhecida sua inconstitucionalidade, por não guardar consonância com interesses protegidos pela Constituição.

Dito de outra maneira, a escolha de cotas raciais para o ingresso no ensino superior brasileiro revela-se inconstitucional por violar, também, o preceito constitucional disposto no art. 208, V da CF/88, que visa à observância do merecimento individual para fins de ingresso no ensino superior.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo teve o objetivo de responder se a adoção de políticas de cotas raciais para ingresso de negros no ensino superior brasileiro viola ou não o princípio da igualdade. Sua hipótese, afirmativa à indagação anterior, restou afinal confirmada.

O método de abordagem utilizado para tanto foi o dedutivo. Partiu-se do estudo de textos constitucionais, legais e doutrinários sobre o princípio da igualdade e sobre generalidades em torno das políticas de Ação afirmativa, e caminhou-se em direção ao específico exame da adoção de cotas raciais para o ingresso de negros no ensino superior brasileiro. O método de procedimento adotado foi o bibliográfico, por meio de pesquisa em obras e periódicos de cunho jurídico e sociológico concernentes à temática.

Optou-se por analisar, num primeiro momento, o princípio da igualdade, por encontrar-se ele no cerne dos questionamentos que permeiam as medidas de ação afirmativa. As discussões em torno de sua adoção, em especial, na modalidade de cotas raciais, concentram-se, para os que a defendem, no fato de que essa adoção consiste na possibilidade de promover-se a igualdade material, para os que a rechaçam, na possibilidade de tê-la aviltada.

Procedeu-se, portanto, a uma abordagem sobre o princípio da igualdade. Após um relato de seu transcurso histórico, em especial, no constitucionalismo brasileiro, constatou-se que agregou diferentes significações que lhe alargaram o sentido ao longo do tempo. Inicialmente observado apenas em sua vertente formal, nos dias atuais, o princípio da igualdade é considerado pilar normativo de qualquer sociedade que se diga democrática, assumindo diferentes e complementares faces: as tradicionais faces formal e material, e as inovadoras faces da igualdade de oportunidades e da igualdade de resultados, surgidas da necessidade de

concretização da igualdade quando da concorrência dos indivíduos pelos bens socialmente escassos. Para tanto, percebeu-se que a busca pela igualdade deveria envolver não só a proibição de discriminação, mas também, se justificável, uma obrigatoriedade de diferenciação, adotada com vistas a mitigar ou a extirpar as desigualdades injustificadas entre os indivíduos.

Pôde-se concluir que o princípio da igualdade, absorvendo as mudanças, as necessidades e as aspirações da sociedade em cada época, deixou revelada a disparidade existente entre a visão que lhe foi dada nos primeiros tempos do constitucionalismo e a visão atual, de que a obrigatoriedade de diferenciação incorporada por ele admite um “lançar mão” de políticas por vezes intencionalmente discriminatórias em prol dos socialmente desprivilegiados, visando a dar-lhes iguais condições de alcance de bens e posições sociais, colocando-os, para tanto, em mesma posição de partida dos que sempre foram vistos como detentores de privilégios.

No capítulo segundo, sob a revelação de que a palavra “discriminação” comporta também um sentido positivo e que, assim considerada, pode contribuir para a igualdade, trabalhou-se a idéia de um tratamento diferenciado oferecido por meio de políticas de ação afirmativa que, surgidas na década de 60, nos Estados Unidos da América, com o fim específico de promover a inclusão social dos negros, se propagaram pelo mundo e não mais se restringem à inclusão negra, mas de todos os que, por fatores como sexo, compleição física, raça ou opção sexual, se encontrarem em situação de desvantagem quando da luta e conquista de bens sociais, por, dentre outros fatores, serem vítimas de preconceitos e discriminações.

Desvendou-se que as ações afirmativas consistem em uma gama de políticas, estratégias e mecanismos, legais e administrativos, de caráter temporário, que podem existir tanto na área pública quanto privada e que se prestam à promoção da igualdade material por incluir socialmente, nas variadas esferas, os grupos que, desprivilegiados e discriminados por fatores diversos, gozam de desiguais

oportunidades e resultados. Revelou-se que a Constituição de 1988 não ampara expressamente a implantação de ações afirmativas em prol da minoria negra, ainda que demonstre uma preocupação em ver estabelecida a igualdade de oportunidades e de resultados na sociedade brasileira. Todavia, por força do § 2º do art. 5º, inserido na CF/88 através da EC n.45, pôde-se dizer que essa adoção é possível, entre outras razões, porque o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1968, ratificada aqui em 08 de dezembro de 1969 por meio do decreto nº 65.810.

Dentre as justificativas alegadas para a adoção de ações afirmativas, ressaltam-se as questões de justiça compensatória e distributiva. A primeira, consistente em reparar uma injustiça ocorrida no passado e passível de crítica sob o fundamento jurídico da reparação do ato ilícito; a segunda, defendida majoritariamente, e referente a uma busca por justiça, no presente, pela via da redistribuição de bens, vantagens e oportunidades sociais.

Percebeu-se que não há univocidade quanto à fundamentação para adoção de ações afirmativas, nada obstante, o fato é que elas são implantadas de diferentes formas, por exemplo: sistema de preferência, oferecimento de cursos de preparação e de capacitação para ingresso em concursos públicos e exames vestibulares, programas de incentivos fiscais e, o sistema de cotas, que por consistir em reserva de um percentual fixo de bens escassos a determinada parcela da população, e por consubstanciar-se em verdadeira discriminação positiva, deve ser utilizado em caráter subsidiário.

Dentre os objetivos dessas ações, ressaltou-se como o principal, a busca pela concretização da igualdade, mitigando ou extirpando desigualdades injustificadas na sociedade e, como correlatos: a transformação do imaginário social em torno da não justificação de algumas desigualdades e o aumento de representatividade das minorias alijadas, acarretando, como conseqüência, a formação de exemplos emblemáticos e a promoção de maior diversidade.

Traçado um paralelo entre esses objetivos nas realidades estadunidense e brasileira e, dando-se ênfase à adoção de cotas raciais para ingresso de negros no ensino superior brasileiro, chegou-se à conclusão de que são realidades diferenciadas. O que revelou a necessidade de que os paradigmas eleitos para a análise da adoção dessas políticas no Brasil correspondam à realidade brasileira, com o fim de que as medidas implantadas sejam capazes de sanar ou diminuir as razões que impedem que os negros sejam mais bem representados aqui, por exemplo, ocupando posições nas universidades brasileiras.

Constatou-se, portanto, que deve ser vedado o arbítrio na adoção de medidas afirmativas, com o fim de que o princípio da igualdade não seja lesionado e que os seus objetivos sejam alcançados. Surgiu, daí, a questão de saber se o que leva à baixa inclusão e a pouca representatividade do negro nas universidades brasileiras é realmente a sua “raça”. Concluiu-se que, se o que se almeja no Brasil com a adoção das políticas de cotas raciais em prol dos negros, é uma inclusão que gere mudança positiva no imaginário social, que aumente a representatividade negra de forma a gerar exemplos positivos e maior diversidade e, que promova maior igualdade geral, cabe considerar se, na realidade brasileira, medidas que elejam a “raça” como fator de discriminação e que sejam adotadas na forma de cotas, são medidas possíveis, adequadas, necessárias e mais vantajosas no alcance desse desiderato.

Diante dessa questão, viu-se por bem trabalhar, no terceiro capítulo, a idéia de obrigatoriedade de diferenciação durante a produção normativa, dando-se ênfase aos “critérios” que, funcionando como limites/parâmetros para a justificação dos tratamentos diferenciados, tornam-se óbices a uma possível afronta à igualdade, impedindo que as normas produzidas sejam fontes de privilégio e discriminações.

Tendo-se em mente que a obrigatoriedade de diferenciação visa a garantir iguais condições aos indivíduos na conquista dos bens sociais, e não, a pretexto de uma necessidade de igualação, conceder àqueles encontrados teoricamente em posição de desvantagem, uma vantagem descabida, criando a partir dela novas

desigualdades, analisou-se a “discriminação” e a diferenciação produzida, pela adoção do sistema de cotas raciais para o ingresso de negros no ensino superior brasileiro, com base em três parâmetros: o fator de discriminação ou *discrîmen* escolhido; a correlação lógica entre esse fator de discriminação e a desequiparação procedida; e; a consonância da discriminação com esse e outros interesses protegidos na Constituição.

Entendido que a constitucionalidade de programas positivos deve ser analisada a partir de cada medida específica, optou-se por traçar-se um paralelo entre esses parâmetros de diferenciação e a específica implantação de cotas raciais para o ingresso nas universidades brasileiras, visando a responder se esta viola a igualdade que almeja por fim concretizar.

Quanto à escolha do critério de diferenciação, concluiu-se que a adoção de cotas raciais para que os negros ingressem no ensino superior não acarreta violação ao princípio igualitário, tampouco à Constituição, tendo em vista vincular norma geral e abstrata, no primeiro sentido por destinar-se a um grupo de pessoas classificados como negros e não a um único indivíduo negro, e no segundo sentido, por referir-se a uma situação capaz de se repetir no tempo - o preenchimento de vagas nas universidades oferecidas ano após ano. No entanto, constatou-se que a escolha da “raça” como critério de diferenciação no Brasil, com vistas à adoção de um sistema de cotas raciais, implica em uma complicação: a dificuldade em se descobrir quem são os negros, em razão da alta miscigenação e da adoção de um sistema racial autoclassificatório.

Quanto à análise da correlação lógica entre o fator de *discrîmen* e a desequiparação procedida, percebeu-se que o critério escolhido há de dar razão ao tratamento diferenciado oferecido pela norma, e para tanto, não pode ser arbitrário, descabido, desproporcional, mas, sim, racionalmente adequado. Tal percepção apontou no sentido de que, para que não haja ofensa ao princípio da igualdade, e, portanto, à Constituição, com a adoção de uma política que vise a possibilitar o acesso dos negros no ensino superior, era necessário perceber a

política como “não gratuita ou fortuita”, mas sim, como racionalmente justificada. Diante disso, a problemática do trabalho, nesse tópico específico, deu-se em duas vertentes: analisar se o que levava à baixa inclusão do negro no ensino superior era realmente a discriminação que sofre em razão da “raça”, e examinar se um tratamento diferenciado por meio da utilização de cotas raciais era, ou não, desproporcional.

Na primeira vertente, concluiu-se que a “raça” como fator de discriminação eleito, não corresponde à causa que, verdadeiramente, atua de forma a impedir ou dificultar o acesso de negros à universidade, pelo contrário, não se justifica, e, assim sendo, acarreta violação ao princípio da igualdade. Conclusão possível pelas seguintes razões: a) o exame de admissão das universidades brasileiras desconsidera as características físicas dos candidatos; b) se comparativamente considerados a partir de iguais características, negros, pardos e brancos pobres se encontram em situação similar na área da educação, e; c) a baixa qualidade do ensino público fundamental e médio acaba por concentrar um maior número de vagas nas mãos dos que possuem condições financeiras de mais bem se prepararem, independentemente da cor da pele que possuam.

Ainda que com essa conclusão o exame da segunda vertente restasse prejudicado, optou-se por prosseguir na análise, com vistas a estudar o tema sobre uma maior gama de variáveis. Admitiu-se, para tanto, a hipótese argumentativa de que, podendo a “raça” ser considerada causa para um tratamento diferenciado conferido aos negros, com o fim de ingressarem no ensino superior, se poderia sê-lo como critério eleito para a adoção de um sistema de cotas. Dentro dessa linha investigativa, procedeu-se a uma análise do sistema de cotas raciais, sob o prisma da proporcionalidade, com o fim de elucidar se a sua adoção seria a medida adequada, necessária e mais vantajosa a essa finalidade, vez que, para não haver violação a igualdade, o meio utilizado, no caso, “cota racial”, não pode ser arbitrário, mas sim, justificado ao fim pretendido: possibilitar o acesso dos negros ao ensino superior.

Concluiu-se que a adoção de cotas raciais para que os negros tenham acesso ao ensino superior brasileiro é aprovada quando passa pelo crivo da adequabilidade. A uma, por não haver necessidade de se ponderar sobre a segurança ou a melhor aptidão da medida nesse primeiro momento de análise; a duas, por prestar-se realmente ao fim a que se destina, vez que o acesso dos negros certamente ocorre com uma reserva de vagas para tanto. E, a três, por não haver nenhuma incompatibilidade clara entre o meio escolhido e o fim pretendido.

Dessarte, percebeu-se que a adoção de cotas raciais para o ingresso de negros no ensino superior brasileiro não passa pelo crivo da necessidade, por não ser a medida mais adequada dentre outras possíveis, e nem a menos gravosa aos direitos fundamentais da parcela por ela não beneficiada. Pelo contrário, demonstrou-se que é possível a adoção de outros meios, menos onerosos, considerando-se que, no Brasil, a “raça” não é a causa da inacessibilidade dos negros às universidades. Dentre outros meios menos onerosos, pode-se destacar: a) o fomento na educação pública de qualidade; b) a adoção de um sistema de preferência aos negros e; c) a adoção de cotas que dêem relevância ao aspecto econômico, com o fim de que, mais bem desenhada, seja incluído no ensino superior, de forma menos onerosa à sociedade, a parcela de negros que realmente dela precise, quais sejam: os negros que não tiveram condições de se preparar para o ensino superior dada a precariedade no sistema educacional público.

A análise pelo prisma da proporcionalidade em sentido estrito requer a ponderação sobre qual é a justa medida para o atingimento do fim pretendido. Conforme verificado, o problema do não ingresso e, portanto, da não inclusão e pouca representatividade negra nas universidades brasileiras não é o preconceito em razão da “raça”, mas um problema de matiz principalmente financeira, aliado à baixa qualidade do ensino público brasileiro, nos níveis fundamental e médio, e, por essa razão, parece ser descabida, desproporcional, uma medida que, sendo implantada com o fim último de promover a igualdade, ao inserir determinada minoria, prive de seus efeitos indivíduos que nela deveriam ter sido enquadrados,

simplesmente por se inserirem noutra raça, o que leva à inferência de que a adoção de cotas raciais para o ingresso dos negros no ensino superior não passa também por outro crivo: o da proporcionalidade em sentido estrito.

Com base nisso, conclui-se que a justa medida estaria na melhoria do ensino público nos níveis supra citados, ou ainda, na adoção de medidas que considerassem o aspecto econômico do indivíduo e não a cor da pele que possui, por exemplo, medidas para os egressos da escola pública.

No tocante ao último critério, a consonância com a Constituição, constatou-se que, embora a adoção de cotas raciais houvesse sido superada quando do exame da tríade da proporcionalidade, também por desprestígio ao princípio do mérito, sua adoção, com o fim de que negros ingressem no ensino superior brasileiro, viola o princípio da igualdade e deve ser reconhecida por inconstitucional.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 4 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2005.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BELLINTANI, Leila Pinheiro. **Ação Afirmativa e os Princípios do Direito: A questão das cotas raciais para ingresso no ensino superior brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme de Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- BRASIL. **Plano Nacional de Direitos Humanos - PNDH**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 05 mar. 2007.

BRASIL. **Programa Universidade para Todos - PROUNI**. Disponível em: [www.mec.gov.br](http://www.mec.gov.br). Acesso em: 02 ago. 2007.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 14 jun. 2007.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (1824)** (revogada). Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 14 jun. 2007.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. (1891)** (revogada). Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 14 jun. 2007.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. (1934)** (revogada). Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 14 jun. 2007.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil. (1937)** (revogada). Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 14 jun. 2007.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil. (1946)** (revogada). Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 14 jun. 2007.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil. (1967)** (revogada). Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 14 jun. 2007.

BRASIL. **Lei Federal nº 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 21 ago. 2007.

BRASIL. **Lei Federal nº 9.054**, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 05 out. 2007.

BRASIL. **Lei Federal nº 8.842**, de 04 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a política Nacional do Idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 05 out. 2007.

BRASIL. **Lei Federal nº 10.741**, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 05 out. 2007.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.151**, de 26 de outubro de 1995. Disciplina a União Civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Disponível em:<[www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)>. Acesso em 28 out. 2007.

BUENO. Francisco da Silveira. Classificar. **Dicionário Escolar Silveira Bueno**. São Paulo: Ediouro, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra:Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. **Constituição Dirigente e vinculação ao legislador**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2 ed. Belo horizonte: Del Rey, 2005.

DAMATTA, Roberto. **Conta de mentiroso**: sete ensaios de antropologia brasileira. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins fontes, 2000.

ESPÍRITO SANTO. **Lei Complementar n. 46**, de 31 de janeiro de 1994. Institui o Regime jurídico Único para os servidores públicos civis da administração direta, das autarquias e das fundações do Estado do Espírito Santo, de qualquer dos seus poderes, e dá outras providências. Disponível em: <[www.google.com.br](http://www.google.com.br)>. Acesso em: 21 ago.2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2006. p.115.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. **Considerações sobre o instituto das ações afirmativas**. Revista Arquivo de Direitos Humanos. Rio de Janeiro, n.3, pp. 43-82, 2001.

\_\_\_\_\_. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 15 mai. 2007.

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

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira realidade ou mito?** Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p.220.

LACERDA, Renata.; GALVÃO, Gabriela. Ufes aprova sistema de cotas. **A Tribuna**, Vitória, 10 ago. 2007. p. 04.

LOBO TORRES, Ricardo. **Os direitos humanos e a tributação**: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

MAGGIE, Ivonne.; PETER, Fry. A reserva de vagas para negros nas universidades brasileiras. **Revista de Estudos Avançados**, São Paulo, n.50, pp. 67-80, jan/abril 2004.

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

MUNANGA, Kabele. A difícil tarefa de definir quem é negro no Brasil. **Revista de Estudos Avançados**, São Paulo, n.50, pp. 51-56, jan/abril de 2004.

OLIVEIRA, Clara Maria Brum de.; TROTTA, Wellington. **A dimensão política segundo Platão e a crítica de Aristóteles**. Disponível em: <[www.google.com.br](http://www.google.com.br)>. Acesso em: 01 março 2007.

OLIVEIRA, Fátima. Ser negro no Brasil: alcance e limites. **Revista de Estudos Avançados**. São Paulo, n.50, pp. 57-60, jan/abril 2004.

ONU. **Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965)**. Disponível em: <[www.onu-brasil.org.br](http://www.onu-brasil.org.br)>. Acesso em: 10 ago.2007.

PENA, Sérgio D. J.; BORTOLINI, Maria Cátira. Pode a genética definir quem deve se beneficiar das cotas universitárias e demais ações afirmativas? **Revista de Estudos Avançados**. São Paulo, n.50, pp.31-47, jan/abril 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max limonad, 1998. p.130

REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p.300.

RIO DE JANEIRO. **Lei Estadual nº 4.151**, de 04 de setembro de 2003. Institui nova disciplina sobre o sistema de cotas para ingresso nas Universidades Públicas Estaduais e dá outras providências. Disponível em: < [www.alerj.rj.gov.br](http://www.alerj.rj.gov.br)>. Acesso em: 21 ago. 2007.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio da igualdade jurídica**. Belo Horizonte: Editora LÊ, 1990. p.64

SELL, Sandro César. **Ação afirmativa e democracia racial**: uma introdução ao debate no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p.10.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes. **Princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2003. p.48.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, n.211, pp. 251-262, jan/mar. 98