

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

IGUALDADE E AÇÕES AFIRMATIVAS NA EDUCAÇÃO BRASILEIRA

Bárbara Natália Lages Lobo

Belo Horizonte
2009

Bárbara Natália Lages Lobo

IGUALDADE E AÇÕES AFIRMATIVAS NA EDUCAÇÃO BRASILEIRA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Marciano Seabra de Godoi

Belo Horizonte

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

L799i Lobo, Bárbara Natália Lages
Igualdade e ações afirmativas na educação brasileira / Bárbara Natália Lages
Lobo. Belo Horizonte, 2009.
155f.

Orientador: Marciano Seabra de Godói
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas
Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Igualdade. 2. Discriminação racial. 3. Programas de ação afirmativa. 4.
Ensino superior. I. Godói, Marciano Seabra de. II. Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 342.722

Bárbara Natália Lages Lobo

Igualdade e ações afirmativas na educação brasileira.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Marciano Seabra de Godoi (Orientador) – PUC Minas

Luís Carlos Martins Alves Júnior - UFMG

José Adércio Leite Sampaio – PUC - MG

José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior (suplente) – PUC - MG

Belo Horizonte, ____ de _____ de 2009.

*À Luiza, a quem não tive tempo de pedir
desculpas; a quem não tive tempo de dizer
“obrigada”; a quem não tive tempo de dizer
milhões de vezes: “Eu te amo muito!”*

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe, por estar sempre do meu lado e por tentar me mostrar, diariamente, que o melhor da vida é ser feliz.

Ao meu pai, por sempre acreditar em mim.

Ao meu irmão, Jorginho, por ser meu melhor amigo, companheiro e fonte de admiração e orgulho.

Ao Diego, meu companheiro, pelo amor e pela presença em todos os momentos.

Aos meus amigos (especialmente, Amanda, Cami, Tadeu, Marquinhos e Aline – por nunca me faltarem e por perdoarem as minhas faltas), colegas e parentes, pela convivência.

Ao meu orientador, professor Marciano Seabra de Godoi, pela dedicação, paciência, auxílio e ensinamentos.

À Luiza, minha irmã, estrela eterna que brilha dentro de mim. Pode ter certeza: nunca me esqueço de você...

“Todos os dias é um vai-e-vem

A vida se repete na estação

Tem gente que chega pra ficar

Tem gente que vai pra nunca mais

[...]

E assim chegar e partir

São só dois lados da mesma viagem

O trem que chega é o mesmo trem da partida

A hora do encontro é também despedida

A plataforma dessa estação

É a vida desse meu lugar

É a vida.” (Milton Nascimento e Fernando Brant)

Obrigada.

“ – A realidade é dolorosa e imperfeita -, dizia-me: - é essa a sua natureza e por isso a distinguimos dos sonhos. Quando algo nos parece muito belo, pensamos que só pode ser um sonho e então beliscamo-nos para termos a certeza de que não estamos a sonhar – se doer é porque não estamos a sonhar. A realidade fere, mesmo quando, por instantes, nos parece um sonho. Nos livros está tudo o que existe, muitas vezes em cores mais autênticas, e sem a dor verídica de tudo o que realmente existe. Entre a vida e os livros, meu filho, escolhe os livros.”

José Eduardo Agualusa

RESUMO

Esta dissertação realizou um estudo sobre as ações afirmativas no âmbito da educação brasileira, como instrumento de promoção da igualdade e combate da discriminação racial. Seu objetivo foi analisar a concepção do princípio da igualdade no Estado Democrático de Direito, bem como de que forma tal princípio pode ser utilizado para fundamentar a adoção de ações afirmativas no combate à discriminação racial. Investigou-se a evolução histórica da concepção de igualdade, concluindo-se pela sua atual interpretação como a necessidade de respeito aos diferentes, advindo daí a conformidade das ações afirmativas (atual mecanismo de redução das desigualdades) com a Constituição Federal de 1988. Dado o seu pioneirismo, as experiências norte-americanas foram analisadas, tendo em vista a solidez das ações executadas nos Estados Unidos, bem como seus resultados positivos. Esta dissertação também analisou as atuais críticas dirigidas contra as ações afirmativas, sobretudo, as contrárias à adoção da política de cotas, procurando demonstrar a necessidade de utilização desse mecanismo para mitigação das desigualdades raciais. O trabalho verificou os atuais projetos legislativos que visam à instituição de ações afirmativas no campo da Educação, com atenção especial à reserva de vagas para negros no ensino superior. Foram escolhidas, para fins de estudo de casos brasileiros, as experiências pioneiras da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e a Universidade de Brasília (UnB), bem como o Programa Universidade para Todos (ProUni) e os respectivos questionamentos judiciais sobre tais experiências.

Palavras-chave: Princípio da Igualdade. Discriminação Racial. Ações afirmativas. Ensino Superior.

ABSTRACT

This thesis conducted a study on affirmative action in education in Brazil, as a tool for promoting equality and combating racial discrimination. Its goal was to analyze the design of the principle of equality in democratic state of law and order that this principle can be used to support the adoption of affirmative action to combat racial discrimination. It was investigated the historical evolution of the concept of equality, it is its current interpretation of the need to respect the different, hence the line that comes from affirmative action (current mechanism for reducing inequalities) with the Federal Constitution of 1988. Given its pioneering spirit, the North American experience has been reviewed in view of the soundness of the actions performed in the United States and its results. This thesis also analyzed the current criticism directed against affirmative action, above all, contrary to the adoption of the policy of quotas, seeking to demonstrate the need to use this mechanism to mitigate racial inequalities. The study found the current legislative projects aimed at the establishment of affirmative action in education, with special attention to good discrimination for blacks in higher education. It has been chosen, for the study of Brazilian cases, the experiences of the pioneers of the State University of Rio de Janeiro (UERJ) and the University of Brasília (UnB) and the University for All Program (PROUNI) and their legal questions on such experiences.

Keywords: Principle of Equality. Racial Discrimination. Affirmative action. Higher Education.

LISTA DE SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
CEFET – Centro Federal de Educação Tecnológica
CF ou CR - Constituição da República Federativa do Brasil
CNPIR – Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial
COFENEN – Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino
ENEM – Exame Nacional do Ensino Médio
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IDH – Índice de Desenvolvimento Humano
LDB- Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394 de 20 de dezembro de 1996)
MEC – Ministério da Educação
ONU – Organização das Nações Unidas
PESB- Pesquisa Social Brasileira
PL –Projeto de Lei
PLS – Projeto de Lei do Senado Federal
PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
ProUni – Programa Universidade Para Todos
PUC – Pontifícia Universidade Católica
SEPPIR – Secretaria Especial de Políticas e Promoção da Igualdade Racial
SINAPIR- Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
SUS – Sistema Único de Saúde
UEAP – Universidade do Estado do Amapá
UENF- Universidade Estadual do Norte Fluminense
UERJ- Universidade do Estado do Rio de Janeiro
UFF- Universidade Federal Fluminense
UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais
UFPA – Universidade Federal do Pará
UnB – Universidade de Brasília
USA – United States of America (Estados Unidos da América)
USP - Universidade do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE	14
2.1 Evolução do tratamento jurídico dado aos princípios: Do Positivismo ao Pós-Positivismo	14
2.2 O princípio da igualdade	31
<i>2.2.1 Evolução histórica do princípio da igualdade: da Antigüidade ao Estado Democrático de Direito</i>	31
<i>2.2.1.1 <u>Da Antigüidade clássica à Modernidade</u></i>	32
<i>2.2.1.2 <u>Contemporaneidade: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito</u></i>	41
<i>2.2.2 Concepções contemporâneas do princípio da Igualdade: a visão do constitucionalismo brasileiro à luz das teorias de Ronald Dworkin e Jürgen Habermas</i>	50
<i>2.2.3 O princípio da igualdade na evolução constitucional brasileira – da Constituição do Império à Constituição da República de 1988</i>	56
3 AS AÇÕES AFIRMATIVAS	64
3.1 Origem	64
3.2 Conceito	68
3.3 As ações afirmativas na Constituição da República de 1988	74
3.4 Crítica às ações afirmativas	82
3.5 Implementação das ações afirmativas	96
3.6 Análise do “Estatuto da Igualdade Racial” (Projeto de lei do Senado Federal nº 213/2003 - Substitutivo do Projeto de Lei nº6.264/2005 da Câmara dos Deputados) ...	106
4 AS AÇÕES AFIRMATIVAS NA EDUCAÇÃO	114
4.1 Sistema de cotas	114
4.2 Ações Afirmativas nas universidades públicas brasileiras – estudo de caso: Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Universidade de Brasília (UnB)	115
<i>4.2.1 UERJ</i>	116
<i>4.2.2 UnB</i>	120
4.3 ProUni	122
4.4 Ações afirmativas na Educação previstas no Estatuto da Igualdade Racial (Projeto de Lei do Senado Federal nº 213/2003 - Substitutivo do Projeto de Lei nº6.264/2005 da Câmara dos Deputados)	125
4.5 Ações afirmativas na Educação previstas no Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 73/1999	127
4.6 Jurisprudência	135
5 CONCLUSÃO	138
REFERÊNCIAS	140

INTRODUÇÃO

A presente dissertação surge da vontade de investigar as causas de uma das desigualdades mais antigas e cruéis da sociedade brasileira: a desigualdade racial. Após 120 anos de abolição da escravatura e comemoração de 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, subsiste tal desrespeito ao direito fundamental de igualdade, o que exige esforços em todos os sentidos para a sua efetivação.

A dificuldade de enfrentamento do tema se dá pela existência, no Brasil, do chamado racismo institucional, subsidiado pelo mito da democracia racial, ou seja, a discriminação racial brasileira não é oficial¹, declarada, como nos modelos de *apartheid*, mas velada, de forma a tornar naturais as diferenças sociais existentes entre brancos e negros.

O ano de 2008 se apresenta como um ano histórico para a população negra, tanto em âmbito nacional, com a constatação de que os negros constituem maioria populacional do País (49,7% da população, enquanto os brancos perfazem o percentual de 49,4%) (IBGE, 2008), quanto em âmbito mundial, com a eleição para a presidência dos Estados Unidos, ainda superpotência mundial, do primeiro presidente negro de sua história, Barack H. Obama, empossado em 20 de janeiro de 2009.

Segundo dados do IPEA (2008) houve uma diminuição da diferença de renda entre brancos e negros, em razão das diversas políticas públicas adotadas pelo Governo, como por exemplo, o programa “Bolsa Família”, porém, a discrepância ainda é muito significativa. Uma das possibilidades para que esta desigualdade seja mitigada, segundo o IPEA (2008), se dá com a ampliação do acesso à Educação à população negra, o que implicará o aumento de sua participação no mercado de trabalho. Para tanto, o referido instituto reconhece a necessidade de adoção de ações afirmativas.

Devido à amplitude do tema, elege-se como objetivo específico a discriminação racial na educação, vista como causa e consequência do segregacionismo que ocorre em outros setores da sociedade, por exemplo, na família e no mercado de trabalho. Por meio das

¹ Embora seja reconhecida pelo Governo Brasileiro a existência de discriminação racial. Na 11ª Conferência Nacional de Direitos Humanos, ocorrida em dezembro de 2008, em comemoração aos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República reconheceu como uma das necessidades para concretização dos direitos humanos no Brasil a diminuição das desigualdades raciais em todos os setores da sociedade. Também é importante ressaltar que o Brasil é signatário, desde 1968, da Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, da ONU, segundo a qual o Brasil se compromete a eliminar a discriminação racial, utilizando-se, inclusive de medidas especiais para tanto.

estatísticas, foram comprovadas as disparidades sentidas a partir da observação do ambiente da universidade: segundo a Síntese de Indicadores Sociais 2008, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, (IBGE, 2008), no ano de 2007, embora tenha aumentado o número de negros nas universidades, em razão das medidas inclusivas já adotadas em algumas universidades, bem como a execução do Programa Universidade para Todos (ProUni), a diferença entre os brancos que possuem o ensino superior completo e os negros ainda é grande. Segundo a Síntese, enquanto 13,4% da população branca possui curso superior, somente 4% da população negra possui tal grau de escolaridade, embora, o Brasil possua, atualmente, composição populacional de 49,4% de brancos e 49,7% de negros (IBGE, 2008). Por este motivo também, merece destaque o tema desta dissertação, tendo em vista o aumento da população negra, com relação à branca, sendo que a previsão do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2008)(fonte embaixo, colocar referências) é que, em 2010, a maioria absoluta da população brasileira seja composta por negros.

A partir desta constatação questiona-se: em um país cuja população de negros é maior do que a de brancos, por quais motivos esta proporção tão distante da realidade é observada na educação superior? Descobertas as causas, a preocupação passa a ser: de que forma tal desigualdade pode ser eliminada?

Esta pesquisa se apresenta como resposta a essas perguntas, fundamentando o seu resultado nos princípios democráticos e nos direitos fundamentais dos quais a igualdade é peça elementar.

A relevância do presente trabalho se dá pela necessidade de revisão constante do princípio da igualdade, bem como pela contemporaneidade do entendimento de se respeitarem as diferenças, vindo como dimensões autodependentes a liberdade e a igualdade. Neste diapasão está em voga, no Brasil, a discussão acerca das ações afirmativas, sobretudo quanto à necessidade e constitucionalidade das mesmas, tendo em vista a Constituição da República de 1988 exigir atuação positiva do Estado, no sentido de mitigação das desigualdades sociais.

Esta discussão tem ultrapassado o espaço acadêmico e alcançado outros setores da sociedade e do Estado, com o aumento de medidas do Executivo instituidoras de ações afirmativas, com a tramitação no Congresso Nacional de importantes projetos de lei sobre o tema, numa tentativa de justiça distributiva inovadora, além das causas levadas ao Judiciário.

O que se pretende com as ações afirmativas na Educação é a ampliação do acesso ao ensino superior público àqueles que dele vem sendo excluídos - seja pela cor da pele, seja pela condição financeira, seja pela má qualidade do ensino fundamental e médio público do País -

como forma de se assegurar o pluralismo intrínseco ao paradigma do Estado Democrático de Direito, bem como efetivação do princípio da igualdade previsto no texto constitucional.

A pesquisa se dá por meio da análise de estatísticas, quadros e relatórios sociais, bem como o estudo de fontes bibliográficas e eletrônicas sobre o tema.

No Capítulo 2, estuda-se o princípio da igualdade, se fazendo necessário, antes de se aprofundar o estudo deste, analisar a evolução do tratamento jurídico dado aos princípios, comparando-se o Positivismo e o Pós-Positivismo. Estabelecida esta distinção, passa-se ao estudo da evolução do princípio da igualdade, desde a Antiguidade clássica até a Contemporaneidade.

No período contemporâneo, foram verificadas as acepções da igualdade nos paradigmas do Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito, sendo que, neste último, destacam-se as teorias de Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, que vêm, desde a década de 1960, influenciando fortemente o constitucionalismo brasileiro.

Ainda neste capítulo, reflete-se sobre a evolução do princípio da igualdade nas constituições brasileiras, da Constituição Imperial de 1824 até a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, sendo esta última merecedora de maior atenção.

No Capítulo 3, examinam-se as ações afirmativas: inicialmente, verifica-se sua origem, os fatos históricos que desencadearam a necessidade da utilização destas para reparação das desigualdades e aumento da diversidade, bem como o pioneirismo norte-americano na introdução deste instituto.

Posteriormente, estuda-se o conceito das ações afirmativas, tendo em vista que, freqüentemente, as mesmas são reduzidas, sobretudo pela mídia, ao sistema de cotas. Passa-se, em seguida, à análise da compatibilidade das ações afirmativas com a Constituição da República de 1988, bem como a legitimidade das mesmas.

Após, reflete-se sobre as críticas sobre as ações afirmativas, bem como de que formas as mesmas podem ser desenvolvidas, levando-se em consideração a realidade brasileira.

Ao final do Capítulo 3, de forma pioneira, analisa-se o PL 6264/2005, substitutivo ao Projeto de Lei do Senado nº 213/2005, que visa à instituição do Estatuto da Igualdade Racial.

O capítulo 4 dedica-se à análise das ações afirmativas no âmbito da educação, inicialmente, verificando a origem do instituto nas universidades brasileiras pioneiras, quais sejam, UERJ, no âmbito nacional, e UnB, no âmbito federal, com a verificação de que forma essas ações se desenvolveram, bem como os primeiros resultados apresentados por estas universidades.

É neste ponto do trabalho que se analisa o Programa Universidade para Todos (ProUni), instituído em 2004, pelo Governo Federal, privilegiando-se os resultados deste programa, bem como a possibilidade de redução da desigualdade racial pelo mesmo.

Neste capítulo, analisa-se e reflete-se sobre o Projeto de Lei do Senado Federal nº213/2003 (Estatuto da Igualdade Racial), substituído, na Câmara dos Deputados, pelo Projeto de Lei nº 6.264/2005, bem como o Projeto de Lei nº73/1999, que visam à instituição de cotas para alunos oriundos de escolas públicas, além de negros, indígenas e estudantes de classe social baixa, situação em que se debate sobre o processo seletivo das universidades, com proposta de substituição do vestibular por outro sistema que vise ao aumento da diversidade na universidade, com processo seletivo baseado no currículo, condição social, além da raça/etnia.

Finalmente, examina-se o debate do tema no Judiciário, por meio da análise das ações judiciais que envolvem o tema em questão.

2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Considerando que o princípio da igualdade é o pano de fundo deste trabalho, é necessário que se faça um estudo acerca da evolução histórica do mesmo até a compreensão do seu significado na Constituição da República de 1988.

Antes, porém, verificar-se-á a acepção moderna da idéia de princípios, bem como a evolução da doutrina principiológica do Positivismo ao Pós-Positivismo, pois o entendimento sobre a evolução da teoria dos princípios se mostra essencial para a compreensão específica do princípio da igualdade.

Buscar-se-á o entendimento da doutrina nacional e estrangeira, sobretudo, de Ronald Dworkin, Robert Alexy e Humberto Ávila, grandes expoentes da hermenêutica jurídica, sendo que os dois primeiros revolucionam a teoria principiológica, rompendo com o Positivismo e reconhecendo definitivamente a normatividade dos princípios². Já Ávila faz uma releitura da teoria desses autores, tentando certa inovação, ganhando o seu estudo cada vez mais destaque na doutrina jurídica.

Importante destacar a ausência de pretensão deste estudo de esgotamento da teoria principiológica, tendo em vista a amplitude do mesmo. O que se examina é a importância do reconhecimento normativo dos princípios para a doutrina jurídica e suas conseqüências quanto à compreensão atual do princípio da igualdade.

2.1 Evolução do tratamento jurídico dado aos princípios: do Positivismo ao Pós-Positivismo

O estudo da evolução da juridicidade dos princípios com a distinção das fases jusnaturalista, positivista e pós-positivista é feita por Paulo Bonavides (2002) e será a adotada no presente trabalho, com a limitação do estudo, principalmente, às duas últimas fases, tendo em vista que essas fases englobam, grosso modo, as principais teorias principiológicas ao longo da evolução do pensamento jurídico moderno.

² Importa ressaltar que não se pretende formular críticas aos referidos autores, mas analisar a importância da teoria de ambos para o estudo principiológico do Direito.

O Jusnaturalismo surge no pensamento grego, perdurando até o advento da Escola Histórica do Direito, no século XIX. A idéia de Direito Natural surgiu da busca por princípios gerais que fossem válidos para todos os povos em todos os tempos.

Inicialmente embasado na metafísica, esse pensamento é desenvolvido pelos filósofos gregos, elevando o Direito Natural à razão humana, sobretudo, na crença pelos estóicos de que a humanidade era uma comunidade universal. O Direito adviria da natureza e dela também a Justiça.

Durante o período teocêntrico, as leis religiosas preenchiam a necessidade de universalização das leis que, contudo, se mostrariam insuficientes com o advento do Antropocentrismo. Tais valores antropocêntricos alteraram as bases jusnaturalistas dos séculos XVI, XVII e XVIII, passando os direitos naturais a serem vistos como produtos da razão, embasando o Direito na moral.

A respeito dessa nova fase Jusnaturalista³, o Professor José Adércio Leite Sampaio (2004) pontua alguns aspectos gerais, como o individualismo antropocêntrico, fruto da transição do paradigma teocêntrico para o antropocêntrico, considerado marco da Modernidade. O indivíduo passa a ser o centro da fundamentação do Direito, a partir do reconhecimento de sua autoconsciência.

A filosofia é marcada pelo racionalismo, que postula que o conhecimento não é sensorial e não deve girar mais em torno das coisas (Filosofia do ser), mas sim em torno do pensar (Filosofia da consciência).

Os jusnaturalistas defendiam a existência de alguns direitos naturais, inalienáveis e anteriores ao Estado, inserindo-se nesse período as teorias contratualistas de Hobbes⁴, Locke⁵ e Rousseau⁶.

³ A respeito do Jusnaturalismo deontológico nos fala o Professor José Adércio Leite Sampaio: “O direito natural deontológico, que aflorou das elaborações modernas, definiu-se como um conjunto de valores que determinavam o caráter da “obrigação do direito” e que especificavam sua medida. Sobre essa perspectiva, o fundamento do direito é o dever que se extrai do mundo ético. Todo homem, como um sujeito transcendental capaz de uma vontade autônoma, transporta uma lei universal, uma lei ética de evitar o mal e fazer o bem. (Kant. 1952:312). Os direitos humanos podem ser vistos, nessa linha, como uma síntese dos bens, um dever ético que se impõe a todos. (Ramírez. 1997:54)” (SAMPAIO, 2004, p. 61).

⁴ A doutrina contratualista de Hobbes fundava-se na renúncia dos indivíduos de sua liberdade (vigente de forma precária no estado de natureza) em prol do Estado (Leviatã), no qual “qualquer limitação futura será uma autolimitação.” (BOBBIO, 1999, p. 43).

⁵ A teoria lockeana baseava-se na limitação do poder civil para que se assegurassem os direitos naturais, sobretudo, a vida, a propriedade e a liberdade.

⁶ O contrato social é expressão da vontade geral. A respeito da teoria de Rousseau, Habermas afirma que: “Através do *medium* de leis gerais e abstratas, a vontade unificada dos cidadãos está ligada a um processo de legislação democrática que exclui *per se* todos os interesses não universalizáveis, permitindo apenas regulamentações que garantem a todos as mesmas liberdades subjetivas.” (HABERMAS, 1997, p. 136). Resta clara a tentativa de universalização de direitos, recorrente na doutrina jusnaturalista.

Os princípios jurídicos eram concebidos de forma abstrata, carecedores de normatividade e insuficientes. Nos dizeres de Paulo Bonavides: “São, assim, normas universais de bem obrar. São os princípios de justiça, constitutivos de um direito ideal.” (BONAVIDES, 2002, p. 234).

Com o movimento de positivação constitucional, o Jusnaturalismo encontrou o seu apogeu, visto que os direitos naturais defendidos por essa doutrina passaram a integrar os textos legais. A codificação desses direitos, por outro lado, ocasionou também a sua derrocada, uma vez que veio justamente consolidar o Positivismo no final do século XIX.

As Revoluções Científica e Filosófica, com a crença no poder de conhecimento de todos os fatos por meio da ciência, sustentou o Positivismo, com a concepção do Direito com a mesma lógica das ciências exatas, não se permitindo que a ciência jurídica fosse fundada em juízos de valor, mas em juízos de fato⁷. Hodiernamente alvo das maiores críticas no Direito, o Positivismo Jurídico representou, à sua época, importante avanço jurídico, no sentido de sujeição estatal a um conjunto de normas escritas e impessoais.

Impõe-se no Positivismo a separação absoluta entre o Direito e a Moral, sendo que somente o Direito escrito (lei) é válido e somente nele devem se basear as decisões judiciais. Há, assim, a proeminência do Poder Legislativo, em detrimento do Judiciário. É o legislador a “fonte principal do direito” (BOBBIO, 2006, p. 171), enquanto o juiz é “fonte subordinada” (BOBBIO, 2006, p. 172), uma vez que somente diante da ausência de norma para uma dada situação concreta, permite-se a discricionariedade do juiz, podendo o mesmo atuar como se fosse legislador, conforme nos ensina Bobbio (1999, p.118), ao estudar o Positivismo⁸.

Nesse diapasão, surge, sobretudo nos países anglo-saxões, a escola denominada realista, que se levantou contra a tradição positivista de aplicação mecânica do direito. Esta teoria amplia a concepção de normas jurídicas do Positivismo, tidas somente no âmbito da validade e passam a analisá-las quanto à eficácia.

Tal teoria leva em consideração a importância substancial dos juízes na produção das normas jurídicas, sendo que o direito (mesmo legislado) que não é aplicado pelo juiz, é somente “*flatus vocis*”⁹ (BOBBIO, 2006, p. 144).

⁷ BARCELLOS; BARROSO (2003, p. 475).

⁸ O jurista italiano Norberto Bobbio é um dos maiores estudiosos do Positivismo, com grande produção no final da década de 50 e início da década de 60, pertencente à chamada corrente do Positivismo analítico e crítico da teoria positivista original. Quanto à interpretação do direito, afirma que “o positivismo jurídico sustenta a *teoria da interpretação mecanicista*, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito (empregando uma imagem moderna, poderíamos dizer que o juspositivismo considera o jurista uma espécie de robô ou calculadora eletrônica)”. (BOBBIO, 2006, p. 133).

⁹ O que significa palavra vazia, palavras ao vento, no sentido jurídico, letra morta.

Esse ponto de vista inaugura a teoria sociológica do direito, que buscava a análise da instituição do Judiciário, principalmente, a análise dos fatos que circundavam os juízes e as circunstâncias e motivações que os levavam às suas decisões. Passa-se então a questionar se os juízes sempre seguem as regras ou se também, freqüentemente, criam regras (principalmente quando se trata de casos inusitados). Nessa perspectiva, surge a corrente pós-realista liderada pelo inglês Herbert L. A. Hart¹⁰.

Merece destaque a enumeração feita por Ronald Dworkin (2002) dos preceitos-chaves do Positivismo (o que para o autor, é a espinha dorsal dessa corrente jusfilosófica), consistindo em três elementos básicos que podem ser resumidos da seguinte forma: a) o Direito se restringe ao conjunto de regras de uma dada comunidade, que determina a punição ou coação de determinado comportamento pelo Poder Público; b) caso uma situação não esteja claramente abarcada por essas regras, a mesma será decidida por um juiz que poderá ir além do direito existente; c) a existência de uma obrigação jurídica depende, necessariamente, da existência de uma regra jurídica.

Se o único Direito válido é o positivado, pode-se concluir que só possuem validade os princípios jurídicos positivados, o que significa que somente os princípios que derivam das próprias leis são válidos.

A respeito do tratamento dado pela doutrina positivista aos princípios jurídicos, nos ensina Cruz: “Os princípios, a despeito de integrarem o ordenamento, ocupavam o mais baixo grau de hierarquia, sendo empregados de forma subsidiária e como “válvula de segurança”, ou seja, supletivamente em caso de anomia/ lacunas jurídicas”. (CRUZ, 2004, p. 79).

No Positivismo, os princípios passam a ser inseridos nos códigos como fontes normativas, não se sobrepondo à lei, mas extraídos desta e nela introduzidos. E sua validade advém de derivarem das próprias leis. Carecem, entretanto, de normatividade, existindo doutrinas que negavam, ainda, a sua existência¹¹.

A decadência do Positivismo se dá com o fim da 2ª Guerra Mundial, influenciada pelo movimento filosófico existencialista, quando se reconheceu que o ordenamento jurídico desprovido de preocupações sociais e morais levou às conseqüências da guerra: fascismo, nazismo, etc¹². Surge, então, a necessidade de reaproximação entre Direito e Moral,

¹⁰ Todas essas correntes são tratadas por Ronald Dworkin, de forma geral, como “Positivismo Jurídico”. As críticas do referido autor a essa corrente serão tratadas à frente.

¹¹ Vide Paulo Bonavides (2002), ao citar Flórez-Valdez.

¹² Optamos por colocar como marco da transição do Positivismo para o Pós-positivismo tal evento social, em virtude das teorias principiológicas (reconhecendo a normatividade dos princípios) que surgiram após a 2ª Guerra. O Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004) afirma que tal ruptura paradigmática teve origem nas

reaproximação esta que se apresenta como traço fundamental da teoria pós-positivista¹³. Isto se reflete no reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos, vistos como expressões jurídicas de normas morais¹⁴. Isso permitiu ao Professor Marcelo Cattoni de Oliveira afirmar que “a moralidade se reflete na legalidade, no sentido de que a ordem jurídica só pode ser legitimada se não entrar em contradição com os princípios morais fundamentais.” (OLIVEIRA, 2002, p. 69).

O texto não tem mais o caráter absoluto do Positivismo, sendo o mesmo analisado em um diálogo com as pré-compreensões do indivíduo. Assim, examina-se o caso para, depois, se examinar a lei, em uma releitura contínua de um e de outro, testando-se as pré-concepções. Tal círculo hermenêutico é apresentado e desenvolvido por Dworkin na sua Teoria do Direito, a qual será estudada mais à frente.

O reconhecimento da normatividade dos princípios não ocorreu de forma abrupta. Segundo Paulo Bonavides (2002), a teoria principiológica teve início com Jean Boulanger, em 1950, que distinguiu, ainda de forma tímida, princípio de regra, sobretudo com relação ao grau de generalidade (reconhecendo maior generalidade dos princípios, subordinando-se a eles as “soluções positivas”) (BOULANGER *apud* BONAVIDES, 2002, p. 240).

Destacam-se também no reconhecimento da normatividade dos princípios – não da forma como é concebida hoje, mas já distante do Positivismo - os autores Karl Larenz, Claus Wilhelm Canaris e Joseph Esser, sendo que este último considerava princípios normativos “apenas aqueles institucionalmente eficazes, e o são na medida que se incorporam numa instituição e só assim logram eficácia positiva.” (BONAVIDES, 2002, p.242).

ciências naturais e exatas, quando o modelo de ciência copernicano, galileano e newtoniano, cujo centro era o “princípio da causalidade” (fundado na relação causa/consequência), foi substituído por um modelo preocupado com as exceções às leis formuladas anteriormente pela ciência. A Psicologia também sofre uma reviravolta consequente do surgimento da psicanálise freudiana, que reconhece que o homem não é somente guiado pela sua razão. Na Filosofia tal ruptura se deu com a reviravolta lingüística, que veio a substituir a relação sujeito/objeto por uma relação sujeito/sujeito.

¹³ Antes que se estudem as diversas doutrinas principiológicas do Pós-positivismo, é interessante a conceituação de tal fase por Ana Paula Barcellos e Luis Roberto Barroso: “O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.” (BARCELLOS; BARROSO, 2003, p. 475). Vale destacar o reconhecimento dos autores de “pós-positivismo” como “designação provisória”, ou seja, esta fase do Direito encontra-se inacabada, com inovação doutrinária sucessiva.

¹⁴ MOTA (2006, p. 18-19).

Posteriormente, o italiano Vezio Crisafulli vem contribuir de forma significativa para a teoria principiológica, reconhecendo, definitivamente, a normatividade dos princípios¹⁵, bem como que os mesmos seriam tanto o ponto de partida, quanto o ponto de chegada, para a interpretação das normas particulares.

Para que se conclua o tratamento jurídico dado aos princípios no Pós-Positivismo pode-se afirmar, com Paulo Bonavides (2002), que: os princípios fundamentam toda a ordem jurídica, situando-se no campo concreto, e não metafísico – como no jusnaturalismo, com normatividade reconhecida.

Passemos, portanto, às principais teorias pós-positivistas, que distinguem princípios e regras, a começar por Dworkin, passando por Alexy, para, enfim, estudar um importante autor nacional.

Ronald Dworkin inicia a publicação de sua teoria jurídica, em 1967, como uma clara e assumida crítica ao Positivismo¹⁶, concepção preponderante do Direito, ainda na década de 1960. Segundo a compreensão dworkiana do Positivismo, o Direito seria constituído apenas por regras. Norma significava sempre regra, sendo que esta possui “textura aberta” (DWORKIN, 2002, p. 35), permitindo mais de uma interpretação, o que possibilitaria ao juiz decidir por meios alheios ao Direito, caso a situação em tela não fosse diretamente abarcada por uma regra. Os princípios não eram vistos como direito.

O foco da crítica de Dworkin (2002) é a teoria de Herbert L. A. Hart (1907-1994), então o maior expoente do Positivismo jurídico, que negava a existência de vínculo entre o Direito e a Moral e concebia o sistema jurídico como um sistema fechado de regras, sendo que essas somente eram válidas se passassem por um “teste de reconhecimento”¹⁷. No caso das normas válidas se mostrarem insuficientes para a resolução de um caso, os juízes poderiam resolvê-los por meio de “argumentos não exigíveis juridicamente.” (MOTA, 2006, p. 36).

¹⁵ Para o jurista italiano, princípio é “toda norma jurídica considerada como determinante de outra ou outras que lhe são subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares.” (CRISAFULLI *apud* BONAVIDES, 2002, p. 244).

¹⁶ Ao criticar o Positivismo, afirma Dworkin em *Levando os direitos a sério*: “Assim, as diversas correntes da abordagem profissional da teoria do direito fracassaram pela mesma razão subjacente. Elas ignoraram o fato crucial de que os problemas de teoria do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos. Enterraram esses problemas ao insistir na abordagem jurídica convencional. Mas, para ser bem-sucedida, a teoria do direito deve trazer à luz esses problemas e enfrentá-los como problemas de teoria moral.” (DWORKIN, 2002, p.12). Afirma o autor, ainda, que as pontes entre a teoria jurídica e a teoria moral são construídas pela teoria do direito.

¹⁷ A regra de reconhecimento fundamental é identificada por Dworkin como padrões constitucionais “[...] previamente aceitos pela comunidade que é por eles governada [...]” (DWORKIN, 2002, p. 35).

Essa doutrina se mostrava insuficiente na solução de casos difíceis. Dworkin (2002) nega que, diante de tais casos, o juiz possa agir com discricionariedade, estando, portanto, vinculado a um sistema de normas que se subdivide entre regras e princípios. O referido autor, enxergando a completude do sistema jurídico, eis que este apresenta soluções para quaisquer situações fáticas, sustenta a integridade do direito e formula a sua teoria jurídica.

Inicialmente, o autor distingue princípios de diretrizes políticas, sendo que no princípio há uma dimensão de moralidade, já diretrizes políticas são objetivos sociais a serem perseguidos. Os princípios visam à justiça, à universalidade, são exigíveis perante todos os membros da sociedade. Já as políticas têm natureza teleológica, buscando o alcance de alguns fins. Por exemplo: a igualdade é um princípio, já as medidas concretas e os programas para a redução da desigualdade são políticas (“*policies*”).

O autor passa a distinguir então princípios de regras. Cita como exemplo o caso *Riggs x Palmer (1889)*, no qual um tribunal dos Estados Unidos teve que decidir se o neto que assassinou o avô para receber a herança teria direito a recebê-la. Embora, inicialmente, o tribunal tenha reconhecido, segundo a legislação então vigente, que os testamentos não podiam ser alterados e nenhuma regra expressa determinava a deserção do herdeiro que houvesse cometido crime contra o *de cuius*, negou o recebimento da herança pelo assassino baseado no fundamento de que o mesmo não poderia beneficiar-se da própria torpeza.

Dworkin afirma que tal decisão baseou-se num princípio jurídico, e não numa regra jurídica. E assim diferencia:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. [...]. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (DWORKIN, 2002, p.39).

Os princípios não operam da mesma forma que as regras, pois não criam conseqüências a serem seguidas de forma automática. Os princípios são normas que podem não ser aplicáveis a um caso, mas em outro, sim, sem que percam por isso a sua validade.

Por serem aplicáveis de forma “tudo-ou-nada”, as regras criam obrigações e prevêm as exceções para a sua aplicação. Já os princípios não permitem tanto, devido às inúmeras exceções cabíveis a cada princípio e as inúmeras possibilidades que deveriam ser imaginadas.

Dworkin apresenta outra diferença entre princípios e regras na situação em que as normas entram em conflito: uma antinomia de regras resolve-se pelos critérios de especialidade, cronologia e generalidade, sendo uma delas declarada inválida e excluída do

ordenamento jurídico. O mesmo não ocorre com os princípios, dada a sua dimensão de peso, devendo ser analisado o caso concreto. Crucial para o entendimento são as próprias palavras do autor:

[...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se intrecruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.

As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes [...]. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. (DWORKIN, 2002, p.42).

Assim, Dworkin inova a teoria principiológica distinguindo regras de princípios pela natureza lógica, e não pelo grau de abstração (o que era feito pela doutrina até então), residindo a distinção, sobretudo, na forma como são aplicados. O autor reconhece, entretanto, a dificuldade de se saber se determinado padrão é uma regra ou um princípio, levando-se em conta somente a formulação literal do mesmo. Cita como exemplo dessa dificuldade as regras que contêm expressões típicas de princípios, como por exemplo, “razoável”, “negligente”, “injusto” e “significativo”. (DWORKIN, 2002, p. 45).

O autor passa a questionar os princípios e sua influência no conceito de direito, sobretudo quando se analisam questões judiciais difíceis, uma vez que o conceito de obrigação jurídica depende da análise do papel desempenhado pelos princípios na decisão destas questões. Dworkin (2002) considera duas linhas de pensamento a esse respeito: a primeira, segundo a qual os princípios possuem a mesma obrigatoriedade das regras e, portanto, integram o conceito de direito; e outra que teoriza que os princípios não são obrigatórios, mas podem ser aplicados a partir da discricionariedade do juiz, ou seja, vão além das regras e, conseqüentemente, além do direito.

E destaca a importância dessa distinção a partir da perspectiva de que: “Aceitar uma regra como obrigatória é diferente de adotar como regra, para si mesmo, fazer uma determinada coisa.” (DWORKIN, 2002, p.47). Ou seja, pode-se estabelecer como regra não comer manteiga (permitindo-se à pessoa obedecer ou não tal regra, sendo que o seu descumprimento implica somente conseqüências de ordem moral), mas o caráter de obrigatoriedade dessa regra transformar-se-ia caso o governo decidisse proibir o consumo de

manteiga (descumprir essa regra pode gerar conseqüências mais graves, como sanções advindas do governo).

Nesse diapasão, Dworkin ressalta a diferença de um juiz (ou juízes de uma comunidade) “adotar uma regra para si” ou aceitar uma regra como obrigatória. O mesmo pode ser analisado em se tratando de princípios, uma vez que, se os princípios são vistos como obrigatórios, a não aplicação dos mesmos significa descumprimento do direito.

Os positivistas afirmam que somente existe uma obrigação jurídica quando há uma regra jurídica que a imponha. Dessa forma, diante de um caso difícil (para o qual não exista regra determinada), o juiz pode, de forma discricionária, decidi-lo “mediante a criação de um novo item de legislação.” (DWORKIN, 2002, p.50). Assim, os positivistas não reconhecem o caráter obrigatório dos princípios, mas os têm como padrões extrajurídicos aos quais os juízes recorrem quando devem decidir um caso para o qual não exista uma regra.

É justamente neste ponto que Dworkin (2002) reconhece a insuficiência da doutrina positivista. Ou seja, o modelo de que só existem regras não se sustenta em face dos casos difíceis, quando se constata que as obrigações jurídicas freqüentemente são impostas por princípios.

Por reconhecer a normatividade dos princípios, Dworkin (2002) rechaça a idéia de discricionariedade judicial para decidir determinado fato diante da ausência de regras, visto estarem os juízes atrelados a princípios. Defende, assim, a existência de uma “resposta correta” para cada caso valendo-se da metáfora do Juiz Hércules, que seria um juiz com capacidades humanas extraordinárias, capaz de, diante de um caso difícil, analisar todo o ordenamento, visualizando todas as respostas possíveis para aquele caso e encontrar a única correta (ainda que isso não signifique que essa resposta será imune a críticas e divergências), valendo-se de princípios.

Reconhecendo de vez o caráter deontológico dos princípios, a normatividade e a vinculação dos juízes aos mesmos, Dworkin é considerado como o marco do Pós-positivismo¹⁸, ganhando a sua doutrina adeptos, dentre eles Robert Alexy, que também

¹⁸ Importante destacar o reconhecimento da importância da teoria dworkiana por Jürgen Habermas em seu *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, quando o autor também critica a doutrina positivista diante da insuficiência do ordenamento jurídico composto exclusivamente por regras: “Ora, a representação *unidimensional* do direito, como um sistema de regras destituído de princípios, impõe a seguinte conclusão: colisões entre regras geram uma indeterminação da situação jurídica, que só pode ser superada decisionisticamente. Entretanto, quando se admite princípios – e a justificação da aplicação de normas à luz de princípios – e se os reconhece como componentes normais do discurso jurídico, não temos mais o problema do fechamento do sistema de regras, nem o da não-solucionabilidade do conflito de regras.” (HABERMAS, 1997, p. 259).

constrói sua teoria principiológica com a intenção de distinguir sistematicamente regras de princípios.

Alexy, na década de 1980, analisa a forma de aplicação da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (Constituição alemã) pelo Tribunal Constitucional deste País e formula a sua teoria sobre os direitos fundamentais. Ao estudar a estrutura das normas de direitos fundamentais tal como aplicadas pelo Tribunal Constitucional alemão, Alexy considera a distinção entre regras e princípios de suma importância, vez que se apresenta como “uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.” (ALEXY, 1993, p. 81, tradução nossa)¹⁹.

Rejeitando os critérios tradicionais de distinção entre regras e princípios, assim como Dworkin já havia feito na década de 1960, Alexy formula uma tese de diferenciação qualitativa entre regras e princípios, não fundamentada no grau de abstração (caráter de generalidade – segundo esta teoria, os princípios diferenciam-se das regras, pois estas possuem menor grau de generalidade, enquanto aqueles possuem maior grau) (ALEXY, 1993).

O autor reconhece regras e princípios como espécies do gênero norma, tendo em vista que ambos expressam um “dever ser”. A teoria de Alexy e Dworkin também se aproxima quanto à visão das regras, que são cumpridas ou não, devendo ser feito o que a mesma exige, na medida em que exige. O autor alemão afirma que os princípios são mandamentos de otimização, realizáveis na maior medida possível, consideradas as “possibilidades fáticas e jurídicas presentes” (SILVA, 2003, p. 610), afastando-se, nesse momento, da teoria dworkiana:

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Conseqüentemente, os princípios são *mandamentos de otimização* que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida do seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, mas, também, das jurídicas. (ALEXY, 1993, p. 86, tradução nossa)²⁰.

¹⁹ [...] *una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales.*

²⁰ El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización* que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida devida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.

O autor afirma que a sua distinção entre princípios e regras se apresenta mais clara no caso de conflito entre estas e colisão entre aqueles²¹. O que há de comum entre a colisão e o conflito é que em ambos os casos há possibilidade de aplicação de dois princípios ou duas regras, levando cada um deles a um resultado diverso do outro, contraditório. O que os diferencia é a forma de sua solução.

Segundo Alexy (1993), um conflito de regras só pode ser resolvido com a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras que elimine o conflito ou com a declaração de invalidade de uma delas, na hipótese de não se conseguir estabelecer uma cláusula de exceção.

Declarada a invalidade de uma regra, a mesma é eliminada do ordenamento jurídico. Essa eliminação não tem regra *a priori*. Podem ser estabelecidos critérios, tais como, lei posterior que derroga a anterior, lei especial que derroga a geral e, segundo o autor, considerar ainda a importância das regras em conflito, sendo declarada inválida a menos importante. O que o autor destaca é que a decisão em um conflito de regras se dá acerca da validade.

No caso de colisão entre princípios, Alexy (1993) afirma que um princípio deve ceder ao outro, sem que se declare a invalidade do princípio que cedeu, sendo também desnecessária a introdução de uma cláusula de exceção. Conclui que, em dada situação, um princípio tem precedência a outro, podendo ocorrer que, em outra oportunidade, o princípio que não teve precedência venha a ter.

Assim, os conflitos entre regras se resolvem na dimensão da validade, enquanto a colisão entre princípios se resolve “na dimensão do peso” (ALEXY, 1993, p. 89, tradução nossa)²², devendo ser estabelecida para sua solução uma “relação de precedência condicionada” (ALEXY, 1993, p. 92, tradução nossa)²³, ou seja, havendo algumas condições e circunstâncias, um princípio precede ao outro, havendo condições e circunstâncias diversas, o caso pode ser solucionado de maneira diferente.

Alexy (1993, p. 98) afirma que do resultado da ponderação entre princípios, num determinado caso concreto, permite-se a formulação de uma norma com características de regra, à qual o caso será subsumido. Dessa forma, em casos idênticos, deve-se utilizar as mesmas ponderações utilizadas anteriormente (chegando-se, conseqüentemente, à aplicação do princípio já aplicado em casos idênticos anteriores).

²¹ Fundamentando o autor a distinção da nomenclatura – conflito e colisão – para destacar que o caráter de ambos é diferente.

²² [...] en la dimensión del peso.

²³ [...] relación de precedencia condicionada.

Assim, Alexy (1993) reconhece os princípios e as regras como fundamentos das ações, distinguindo-os segundo as razões: os princípios são sempre razões *prima facie*, o que não impede que, por si só, fundamentem decisões judiciais, uma vez que podem referir-se tanto a direitos individuais quanto a direitos coletivos; enquanto as regras, se não possuem uma cláusula de exceção, são razões definitivas²⁴.

Em face da amplitude do mundo dos princípios (podem se referir tanto a direitos individuais quanto coletivos), Alexy (1993) o considera um “mundo do dever ser ideal”, porém, no “mundo do dever ser definitivo ou real”, os princípios se chocam, sendo inevitável para o autor que os princípios sejam sopesados, devendo se estabelecer em cada caso concreto uma relação de preferência²⁵.

É esta relação de preferência o foco da crítica que se faz à teoria alexyana. Tal crítica se fundamenta na aproximação que o autor faz de princípios e valores, reconhecendo a estreita ligação entre os mesmos, considerando o fato de que ambos podem colidir e ser ponderados, bem como a possibilidade de seu cumprimento gradual (na maior medida possível), embora reconheça o caráter axiológico dos valores e o caráter deontológico dos princípios²⁶.

Apesar de o autor fazer uma distinção nominal entre princípios e valores, os críticos à sua teoria não reconhecem tal distinção devido à relação de preferência que o autor estabelece diante da colisão de princípios. Tais críticos afirmam que não há que se falar em tal relação de preferência, tendo em vista o caráter deontológico dos princípios²⁷.

Habermas (1997) é o principal formulador da crítica à doutrina alexyana e à teoria da jurisprudência de valores, destacando as principais diferenças entre princípios e valores, sobretudo, quanto ao caráter deontológico dos primeiros e, teleológico, dos segundos. O autor também distingue normas de valores, considerando que as normas seguem uma lógica binária

²⁴ ALEXY, 1993, 101-109.

²⁵ *In verbis*: “Puede ser llamado un mundo del deber ser ideal. Cuando hay que pasar del amplio mundo del deber ser ideal al estrecho mundo del deber ser definitivo o real, se producen colisiones o para usar otras expresiones frecuentes, tensiones, conflictos y atinomias. Es entonces inevitable sopesar principios contrapuestos, es decir, hay que establecer relaciones de preferencia.” (ALEXY, 1993, p. 133).

²⁶ Importante que se observe a distinção entre princípios e valores feita pelo próprio Alexy: “A diferença entre princípios e valores se reduz assim a um ponto. O que no modelo dos valores é *prima facie* o melhor é, no modelo dos princípios, *prima facie* devido; e o que no modelo dos valores é definitivamente melhor é, no modelo dos princípios, definitivamente devido. Assim, os princípios e os valores se diferenciam em virtude de seu caráter deontológico e axiológico respectivamente.” (ALEXY, 1993, p. 147, tradução nossa). (“La diferencia entre principios e valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, los principios y los valores se diferencian solo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente).

²⁷ Habermas o faz em *Direito e Democracia: entre facticidade e validade (Volume I)* (1997, p. 258), fundamentando a mesma crítica por Galuppo, em *Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas* (2002, p. 183).

(são válidas ou inválidas), enquanto os valores são regidos por relações de preferência, bem como de que não é possível a convivência entre normas incoerentes no mesmo sistema:

Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. [...]. A validade deontológica de normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos. Ao passo que a atratividade de valores tem o sentido relativo de uma apreciação de bens, adotada ou exercitada no âmbito de formas de vida ou de uma cultura: decisões valorativas mais graves ou preferências de ordem superior exprimem aquilo que, visto no todo, é bom para nós (ou para mim). Normas diferentes não podem contradizer umas às outras, caso pretendam validade no mesmo círculo de destinatários; devem estar inseridas num contexto coerente, isto é, formar um sistema. Enquanto valores distintos concorrem para obter a primazia, na medida em que encontram reconhecimento intersubjetivo no âmbito de uma cultura ou forma de vida, eles formam configurações flexíveis e repletas de tensões. (HABERMAS, 1997, p. 316-317).

Tendo em vista essas distinções de ordem lógica, Habermas não admite que normas e valores sejam aplicados da mesma forma, distinguindo a teoria de Dworkin da teoria de Alexy, afirmando que os direitos fundamentais são vistos pelo primeiro como princípios deontológicos, ao passo que o segundo os vê como “bens otimizáveis do direito” (HABERMAS, 1997, p. 318), opondo-se à teoria da ponderação devido à falta de segurança jurídica, na medida que aquilo que é bom para cada um de nós pode não significar o que é bom para todos.

A doutrina nacional também vem se destacando na teoria principiológica pós-positivista²⁸, o que levou Humberto Ávila a afirmar que se vive em um “Estado Principiológico” (ÁVILA, 2006, p. 23) em razão da imensa quantidade de debates sobre princípios.

O referido autor critica a doutrina tanto por não destacar os aspectos mais importantes da distinção entre princípios e regras, quanto por atribuir aos princípios um papel de destaque quase absoluto no ordenamento, em detrimento das regras. Ávila (2006) formula então a sua teoria normativa, transformando o tradicional modelo bipartite de normas (princípios e regras) em um modelo tripartite, inserindo como espécie normativa os postulados. Antes que se

²⁸ Merecendo destaque Virgílio Afonso da Silva (2003), Humberto Ávila (2006), Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos (2003), Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2007), Marcelo Galuppo (2002), dentre outros, sendo que neste trabalho a doutrina que merecerá maior atenção é a de Humberto Ávila, tendo em vista a projeção que sua teoria vem alcançando no cenário nacional e internacional.

aprofunde em tal modelo, faz-se necessário conhecer a evolução do pensamento do referido autor na formulação de sua teoria.

Inicialmente, rompe o autor com o Positivismo em sua concepção de texto e norma, afirmando que a existência da norma independe da existência de dispositivo, isto porque as normas são o resultado da interpretação dos textos normativos²⁹. O autor cita como exemplos de normas que não têm dispositivos os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito. Também há a possibilidade de haver dispositivo sem norma, como, por exemplo, a menção do preâmbulo constitucional à “proteção de Deus”.

Humberto Ávila (2006) também cita o fato de um dispositivo poder gerar mais de uma norma, concluindo finalmente o autor que “não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver o outro.” (ÁVILA, 2006, p. 31).

E é essa distinção entre dispositivo e norma o que permite ao autor criticar as teorias tradicionais de definição e diferenciação entre regras e princípios, na medida em que em tais teorias há a confusão entre esses dois conceitos (quais sejam, dispositivo e norma), ignorando que um dispositivo só acarreta a existência de uma norma na medida em que interpretado.

No mesmo sentido, Ávila (2006) tece críticas às teorias de Dworkin e Alexy, principalmente no que se refere à distinção de normas e princípios na forma “tudo ou nada”. Sugere o autor a reformulação parcial deste critério, tendo como fundamento, mais uma vez, que o texto nada é sem a interpretação.

O autor cita exemplos de regras que não obedeceram ao “*all or nothing*”: cita o art. 224 do CP, qual seja, o do estupro presumido. A relação sexual com uma pessoa com idade inferior a 14 anos configura estupro. Porém, em decisão, o STF não considerou estupro presumido o que ocorreu com uma menor, com 12 anos de idade, aparentando mais idade, bem como a aquiescência da mesma, o que deixou de configurar o tipo penal. Ou seja, o caráter absoluto da regra foi relativizado, devido às circunstâncias peculiares do caso concreto³⁰.

O núcleo da crítica ao modelo “tudo ou nada”, ou seja, do caráter absoluto das regras, fundamenta-se na possibilidade de surgirem nos casos concretos circunstâncias inimaginadas pelo legislador. Se as regras forem aplicadas cegamente no modelo “tudo ou nada”, sem levar

²⁹ ÁVILA, 2006, p. 30.

³⁰ Embora o autor brasileiro pretenda se afastar da teoria dworkiana e alexyana afirmando que os princípios também prevêm comportamentos e as regras também são passíveis de ponderação, esse fenômeno já havia sido previsto tanto por Dworkin quanto por Alexy.

em consideração as circunstâncias do caso concreto, corre-se o risco de um retorno ao Positivismo.

Além do questionamento sobre o caráter absoluto das regras, Ávila (2006) atenta para o fato de haver regras que não possuem um conteúdo absolutamente determinado, como por exemplo, a regra de não incidência de impostos sobre os livros e o enquadramento dos livros eletrônicos em tal conceito. Assim, o método de classificação de regras e princípios embasados em uma distinção “tudo ou nada” se mostra insuficiente.

O autor também discorda de Alexy e Dworkin no sentido de que se algo ocorreu no mundo dos fatos, a regra deve ser aplicada, pois acredita que nem sempre as condições de aplicabilidade de uma norma são satisfeitas, mas mesmo assim, a mesma deve ser aplicada. Exemplifica com o instituto da analogia. Pode também ocorrer o inverso: todas as condições de aplicação de uma regra serem cumpridas e a mesma não ser aplicada. Assim, a rigor, o autor não admite que se fale que a regra sempre é aplicada quando suas condições são preenchidas.

O autor também formula crítica interessante à afirmação de que as normas são aplicadas no modelo “tudo ou nada”, enquanto os princípios o são de forma gradual: segundo Ávila (2006), não são os princípios que se aplicam de modo gradual, mas as circunstâncias daquele caso que se encaixam mais ou menos naquele princípio.

A distinção quanto ao critério de aplicação em caso de conflito normativo também é criticada por Humberto Ávila (2006), entendendo que este critério precisa ser aperfeiçoado, pois não só os princípios são passíveis de ponderação, mas também algumas regras.

Exemplifica o autor tal possibilidade da seguinte forma: A ética médica prevê que o médico conte ao paciente a verdade sobre sua doença, e também prevê que o médico se utilize de todos os recursos possíveis para salvar o paciente. Porém, há casos em que, em razão do estado emocional, saber toda a verdade de sua doença pode atrapalhar a cura do paciente. O autor afirma, então, que este é um caso em que o conflito de regras se dá no caso concreto e que a forma de solucioná-lo é através do sopesamento, o que o leva a concluir que as regras não necessariamente entram em conflito somente no plano abstrato.

Também há casos em que se analisam as peculiaridades do caso concreto para se aplicar uma ou outra regra e, nem por isso, a que não foi aplicada perde a validade, mesmo que a exceção não esteja prevista. Assim, conclui Ávila (2006) que a ponderação é comum aos princípios e às regras, a depender do caso concreto. O que varia é a forma como é feita. Feitos esses apontamentos, o autor distingue princípios e regras:

[...] a diferença entre princípios e regras não está no fato de que as regras devam ser aplicadas *no todo* e os princípios na *medida máxima*. Ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de tal modo que seu conteúdo de dever ser seja realizado totalmente. Tanto as regras quanto os princípios possuem o mesmo conteúdo de dever-ser. A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação: os princípios não determinam diretamente (por isso *prima-facie*) a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção do fim; as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já está previsto frontalmente pela norma. (ÁVILA, 2006, p.63).

Concorda-se com a distinção entre princípios e regras feita acima, tendo em vista que não há uma distinção radical entre princípios e regras, o que deve ser considerado é que ambos são normas e como tais devem ser realizados e respeitados, sem a supremacia de uma espécie normativa sobre outra. Pode-se resumir a distinção entre princípios e regras feita por Humberto Ávila da seguinte maneira: regras são normas que prescrevem comportamentos, já princípios são as normas que prescrevem fins a serem alcançados, significando que os fins previstos pelos princípios devem ser efetivamente buscados (não é mera faculdade do aplicador do Direito, tendo em vista que o referido autor reconhece o caráter deontológico dos princípios)³¹.

E, partindo do pressuposto de que o dispositivo só é norma quando interpretado, Humberto Ávila (2006) afirma a possibilidade de extração, de um mesmo dispositivo, de todas as espécies normativas: regras, princípios e postulados³².

Os postulados seriam normas de definição de aplicação de outras normas, ou seja, os postulados prescrevem como as normas devem ser aplicadas. Nas palavras do próprio Humberto Ávila, postulados são “instrumentos normativos metódicos, isto é, como categorias que impõem condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo.” (ÁVILA, 2006, p. 71).

A título de exemplo de como se podem extrair de um mesmo dispositivo uma regra, um princípio e um postulado, o autor cita o dispositivo constitucional que exige lei para a instituição ou majoração de tributos. Segundo Ávila (2006, p. 69), do referido dispositivo

³¹ O critério citado acima não é o único utilizado por Ávila para distinguir regras e princípios, este é o “critério da natureza e do comportamento prescrito”. Há ainda os seguintes critérios: “da natureza da justificação exigida” e “da medida de contribuição para a decisão”. Tais critérios não serão detalhados aqui, visto que os mesmos giram em torno da distinção do primeiro critério, significando que as regras possuem um caráter de descrição comportamental, ao passo que os princípios possuem um caráter de descrição de fins. Para um aprofundamento recomenda-se a leitura da obra do autor *Teoria dos princípios* (2006).

³² A inclusão dos postulados como espécie normativa é o traço mais marcante da doutrina de Humberto Ávila (2006).

pode se inferir que se caracteriza como regra, pois para se criar ou aumentar tributos é necessário uma lei – esta é a condição; princípio, na medida em que preza pela segurança jurídica e como postulado, pois o ordenamento jurídico condiciona a aplicação e interpretação da lei.

Como o que importa no presente trabalho é a visão da doutrina sobre princípios, é importante resumir o conceito de Humberto Ávila (2006) sobre princípios: os princípios são normas que não descrevem comportamentos, mas fins almejados pela sociedade, cabendo ao intérprete a escolha de qual comportamento adotar para se atingir o fim previsto pelo princípio (nada mais oportuno como pensar no princípio da igualdade, havendo várias possibilidades para tal princípio - igualdade racial, de gênero, etc.), o que significa que os princípios pontuam objetivos, cabendo ao intérprete a escolha pelos melhores meios para que estes sejam alcançados.

Ressalta, ainda, o autor que quando os fins previstos pelo princípio não são alcançados, os princípios não são concretizados. O que se deve destacar é que o caráter finalístico dos princípios não implica faculdade quanto a sua concretização, mas sim um dever³³, rechaçando também o autor que os princípios possuam caráter axiológico.

Apresentadas algumas das principais doutrinas principiológicas nacional e estrangeiras, pode-se concluir que a evolução da teoria dos princípios se deu no sentido de reconhecimento da normatividade dos mesmos, sobretudo, com a sua constitucionalização³⁴, sendo impossível se pensar, atualmente, no ordenamento jurídico desprovido de tais normas.

³³ “As considerações antes feitas demonstram que os princípios não são apenas valores cuja realização fica na dependência de meras preferências pessoais. Eles são, ao mesmo tempo, mais do que isso e algo diferente disso. Os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários. Essa perspectiva de análise evidencia que os princípios implicam comportamentos, ainda que por via indireta e regressiva. Mais ainda, essa investigação permite verificar que os princípios, embora indeterminados, não o são absolutamente. Pode até haver incerteza quanto ao conteúdo do comportamento a ser adotado, mas não há quanto a sua espécie: o que for necessário para promover o fim é devido.” (ÁVILA, 2006, p. 80). Virgílio Afonso da Silva não concorda com o referido autor, pois acredita que os princípios prevêm consequências abstratas e exemplifica com o princípio da liberdade de expressão: “A liberdade de expressão, por exemplo, é um princípio que deve ser realizado na maior medida possível, segundo as condições fáticas e jurídicas presentes. Ou seja, a liberdade de poder se exprimir deve ser otimizada. Diante disso, é fácil perceber que essa otimização pode *colidir* com a otimização do direito à privacidade, que também é um princípio. Há, portanto, poucos indícios de que a colisão aqui seja apenas aparente.” (SILVA, 2003, 619).

³⁴ “Por isso, a Constituição desempenha um papel especial quanto aos princípios no Estado Democrático de Direito. Apesar de não poder ser concebida como o único repositório desses princípios, é tarefa dela, por excelência, indicar (e preservar) aqueles princípios reputados mais importantes pelos cidadãos por intermédio do representante constituinte sensível à sociedade. A concorrência entre os princípios constitucionais revela uma característica fundamental da sociedade em que existe um Estado Democrático de Direito: não é possível hierarquizar os princípios constitucionais porque todos eles são igualmente valiosos para a auto-identificação de uma sociedade pluralista. É o conjunto deles, e não um ou outro, que revela quem somos e quem queremos ser. A concorrência dos princípios deriva do fato de que nossa identidade é uma identidade plural.” (GALUPPO, 2002, p.198).

Tendo em vista tais considerações, passa-se ao estudo do princípio da igualdade.

2.2 O princípio da igualdade

2.2.1 *Evolução histórica do princípio da igualdade: da Antigüidade ao Estado Democrático de Direito*

O estudo do tratamento jurídico dado aos princípios elucidada também de que forma o princípio da igualdade foi percebido ao longo do tempo no que tange à sua normatividade. Porém, a concepção de tal princípio, ou seja, sua definição em si apresenta diferentes roupagens nos diversos paradigmas³⁵, devido à própria dinamicidade do Direito³⁶. Faz-se necessária a compreensão da sua evolução para que fique mais claro de que forma tal princípio é interpretado hoje³⁷.

Os paradigmas serão divididos em dois grandes períodos, quais sejam, Antigüidade e Contemporaneidade, sendo este último subdividido em três outros paradigmas: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito.

Iniciaremos o nosso estudo na Antigüidade clássica, com o exame das civilizações grega e romana, tendo em vista que o conceito de igualdade contemporâneo é fruto de uma longa evolução que se inicia nesse período. Vejamos³⁸.

³⁵ Influenciado pelo Professor Menelick de Carvalho Neto (que destaca a contribuição de Thomas Kuhn para a presente questão), Álvaro Ricardo de Souza Cruz elabora o seguinte conceito de paradigma: “Paradigmas são realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade praticante de uma ciência.” (CRUZ, 2005, p. 02 – nota de rodapé). Dessa forma, paradigma é o conjunto de conhecimentos e ações sociais que se sobressaíram, definindo uma dada sociedade em um determinado período, de forma a poder enquadrá-la em um padrão.

³⁶ O Direito, por ser uma ciência social aplicada, não é uma ciência estática, acompanhando as mudanças sociais, econômicas e culturais, devendo ser sensível ao contexto em que se encontra.

³⁷ Importa-nos pontuar a perplexidade causada pelo estudo da evolução do princípio da igualdade, tendo em vista a concepção de sociedade igualitária do passado, que sempre deixa parte da população à margem da participação da vida política da sociedade. É inevitável a curiosidade sobre a forma como as gerações futuras enxergarão nossa atual concepção e prática da igualdade.

³⁸ Como o foco do trabalho é o estudo do princípio da igualdade, o tratamento histórico do referido princípio se faz necessário, porém não é o centro do estudo, razão pela qual não se pretende esgotar a matéria histórica, mas contextualizar o leitor, possibilitando ao mesmo o acompanhamento das mudanças conceituais do princípio da igualdade.

2.2.1.1 Da Antigüidade clássica à Modernidade

Uma das primeiras expressões de preocupação com a igualdade data da aristocracia grega de 594 a.C, quando foi nomeado para chefe do governo o sábio Sólon, que rompe com a metafísica afirmando que as causas dos problemas da sociedade estavam na própria sociedade, e não em castigos dos deuses.

Dentre esses problemas Sólon via a desigualdade entre “ricos” e “pobres” e, tentando mudar o quadro que se apresentava, permitiu que todos os homens livres, de qualquer classe, participassem da eleição dos magistrados ou da votação da legislação.

Embora a desigualdade e a insatisfação dos pobres não fossem eliminadas, o governo de Sólon é considerado³⁹ marco da transformação da oligarquia aristocrática ateniense em democracia, o que ocorreu quando Clístenes assumiu o poder, após a morte do tirano Psístramo, em 527 a.C:

Tendo assumido a chefia do povo, três anos após a queda dos tiranos, sob o arcontato de Iságoras, Clístenes começou, primeiramente, a repartir todos os atenienses em dez tribos, ao invés de quatro, com a intenção de misturá-las a fim de que mais indivíduos participassem do poder [...]. (PINSKY, 1972, p.80).

A possibilidade de participação de todos os cidadãos atenienses nas decisões políticas da *Pólis* se apresenta como um ideal de igualdade presente nas civilizações ocidentais desde então⁴⁰. Apesar de o conceito de cidadão da época não abranger as mulheres, os escravos e os estrangeiros residentes, quanto aos homens livres não se pode deixar de reconhecer o pioneirismo grego no conceito de igualdade perante a lei.

A democracia ateniense foi duramente abalada pela guerra do Peloponeso (431-404 a.C), quando Esparta invadiu Atenas, possibilitando as tentativas da oligarquia de tomar o poder (o Partido Oligárquico constituía-se de uma minoria rica de Atenas e “denunciava a democracia como sendo uma impostura incompetente” (DURANT, 2000, p. 31)⁴¹. O

³⁹ Vide BLOCH (1974).

⁴⁰ “Na Assembléia, de que podiam participar todos os cidadãos adultos do sexo masculino e que se reunia mais ou menos quarenta vezes por ano, os atenienses discutiam e votavam os principais problemas do Estado - declaravam guerra, firmavam tratados e decidiam onde aplicar os recursos públicos. O mais humilde sapateiro, bem como o mais rico aristocrata, tinham oportunidade de expressar sua opinião na Assembléia, votar e exercer um cargo. Em meados do século V a. C, a vontade do povo, conforme expressa na Assembléia, era soberana.” (PERRY, 1999, p. 53).

⁴¹ Pode-se citar como exemplo do abalo à democracia ateniense a redução da liberdade de expressão, com a condenação de Sócrates à morte, em 399 a.C., acusado de corromper a juventude com suas idéias e sua crítica à democracia. Will Durant ilustra o sentimento da população ateniense em relação ao “Pai da Filosofia”: “Calcule

enfraquecimento do governo foi de extrema contribuição para a conquista da Grécia por Felipe II, em 338 a.C, que viria a substituir as cidades-estado (*Pólis*) por um império.

Contemporâneo dessas mudanças, Platão (429-347 a.C), seguindo os ensinamentos de Sócrates, formulou sua teoria política criticando a democracia e defendendo a idéia de que o governo correto seria aquele constituído somente pelos homens mais sábios, os filósofos, rejeitando a participação do cidadão comum na vida política do Estado⁴².

Diferentemente de Platão, Aristóteles (384-322 a.C) ampliava a participação política na *Pólis*⁴³ e se apresenta como o pensador grego que mais se destaca na formulação da teoria da igualdade.

Considerando o Estado mais importante que a família e que o indivíduo, Aristóteles reconhecia como cidadãos somente aqueles que participavam ativamente da *Pólis*, o que implicava a restrição do termo somente aos homens (não no sentido amplo, mas referindo-se aos indivíduos do sexo masculino), considerando que o filósofo não admitia que as mulheres e os escravos participassem da política. Assim, aos homens que não participavam da *Pólis* (os outros trabalhadores) não era atribuído o título de cidadão.

Aristóteles via os escravos como propriedades de seus senhores, como “uma ferramenta para manejar ferramentas” (ARISTÓTELES, 2000, p. 148), numa coisificação do escravo⁴⁴, visto pelo filósofo de Atenas como mero objeto, pertencendo inteiramente ao seu senhor. O autor justifica a validade da existência de escravos por uma determinação natural: “[...] aquele que pode antever, pela inteligência, as coisas, é senhor e mestre por natureza; e aquele que com a força do corpo é capaz de executá-las é por natureza escravo.” (ARISTÓTELES, 2000, p. 144).

A distinção feita pela “natureza” (ARISTÓTELES, 2000, p.164) foi a justificativa utilizada por Aristóteles para afirmar a superioridade do homem em relação à mulher e às

os sentimentos de Anito, o líder democrático cujo filho se tornara discípulo de Sócrates e, depois, voltara-se contra os deuses de seu pai e ria na cara do pai. [...]. E então veio a revolução, e homens lutaram a favor e contra, com virulência até a morte. Quando a democracia venceu, o destino de Sócrates ficou decidido: ele era o líder intelectual do partido revoltoso, por mais pacífico que pudesse ter sido; era a fonte da odiada filosofia aristocrática; era o corruptor de jovens inebriados pelo debate. Seria melhor, disse Anito a Milito, que Sócrates morresse.” (DURANT, 2000, p.35-36).

⁴² Para aprofundamento, recomenda-se a leitura do “Livro V” de *A República* (PLATÃO. Tradução: Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2000).

⁴³ Em *Política*, Aristóteles apresenta as suas definições de cidadão e Estado: “[...]: tão logo um homem se torne capacitado para participar da autoridade, deliberativa ou judicial, consideramo-lo cidadão do Estado; e, a um número de pessoas assim, amplo o suficiente para assegurar uma existência auto-suficiente, podemos chamar Estado.” (ARISTÓTELES, 2000, p. 213).

⁴⁴ E em uma analogia que, hoje, provoca arrepios, afirma: “Sem dúvida, o uso dos escravos e dos animais domésticos não é muito diferente, uma vez que em ambos o corpo atende às necessidades da vida.” (ARISTÓTELES, 2000, p. 151).

crianças, aduzindo, ainda, que a exigência de virtude do homem é maior do que a dos seus inferiores.

Aristóteles define a justiça como virtude objetivada pelo Estado, entendida esta como a igualdade para todos (deixando claro o filósofo que “todos” refere-se aos iguais), desenvolvendo, assim, a máxima de igualdade utilizada até hoje: “Igualdade para os iguais” (ARISTÓTELES, 2000, p. 234): “[...] parece que o justo é igual, e é, mas não para todas as pessoas; apenas para as que são iguais. O desigual também parece justo, e é, mas não para todos; apenas para os desiguais.” (ARISTÓTELES, 2000, p. 226).

Em *Ética a Nicômaco*, o pensador grego define o igual como meio-termo relativamente aos homens. O entendimento sobre o que é igual seria para Aristóteles, de forma grosseira, não uma questão matemática de meio-termo, mas qualitativa⁴⁵. O nome dessa virtude seria “*mediania*” (ARISTÓTELES, 1984, p. 73).

O filósofo discute a mediania das mais diversas virtudes humanas (associando a própria virtude à mediania, ou seja, toda virtude seria um meio-termo entre os opostos dos sentimentos, por exemplo, a coragem seria a mediania entre o extremo do medo e a bravura inconseqüente, com a ignorância do perigo), para, finalmente, buscar qual mediania é a justiça e entre quais opostos ela se encontra.

Inicialmente, Aristóteles compreende a justiça como o respeito à lei, dessa forma, a justiça seria a “maior das virtudes” (ARISTÓTELES, 1984, p. 122), pois é a única virtude cuja prática é exercida tanto sobre si mesmo, quanto sobre o próximo (o outro). Considerando que a lei nem sempre é perfeita, o filósofo define como uma das espécies de justiça a equidade, que é a possibilidade de se corrigir a deficiência de uma lei “em razão de uma universalidade” (ARISTÓTELES, 1984, p. 136), caso em que se faz necessário o uso do decreto. E compara o decreto a uma régua de chumbo, maleável, que se adapta às medidas de uma pedra, possibilitando, assim, a sua medição.

Outra definição de justiça para o pensador é a sua significação de igualdade. Como a igualdade é um meio-termo, a justiça seria também um meio termo. E conclui: “Eis aí, pois, o que é o justo: o proporcional; e o injusto o que viola a proporção.” (ARISTÓTELES, 1984, p. 125). Dessa forma a justiça seria o meio-termo entre o excesso e a falta, o grande demais e o demasiado pequeno.

⁴⁵ Adaptando o exemplo de Aristóteles para o nosso tempo e espaço: Se ‘A’ tem R\$10,00 e ‘B’ tem R\$2,00 para comprar comida, o meio-termo seria R\$6,00 para cada um. Mas R\$6,00 seria muito dinheiro para ‘B’ e pouco dinheiro para ‘A’, devendo o meio-termo ser um valor que tanto um quanto outro ficassem satisfeitos em relação a ele.

Tendo em vista que o meio-termo de Aristóteles é qualitativo, assim também o é a sua definição de igualdade, inaugurando aqui o conceito de igualdade geométrica (ou seja, dar a cada um aquilo que seria seu – tarefa que o filósofo atribui ao juiz⁴⁶).

Enquanto a civilização grega antiga restringia-se aos limites da *Pólis*, a civilização romana do período visava à expansão, no sentido de se tornar um Império, o que veio a ocorrer no ano de 27 a.C. Antes, porém, Roma era uma república constituída por patrícios e plebeus, sendo que estes últimos eram colocados em situação inferior⁴⁷. Roma encontrava-se sempre em estado de guerra e, nessas situações, prometia aos plebeus o perdão de suas dívidas, caso os mesmos “estivessem dispostos a enfrentar o inimigo” (BLOCH, 1974, p. 58). Porém, os patrícios não cumpriam com o prometido.

Revoltados com tal situação, os plebeus iniciaram uma luta pela igualdade, ameaçando Roma de se desligarem - o que seria maléfico para Roma, tendo em vista que os plebeus constituíam contingente significativo nas guerras – e, através de ameaças e recusas a combaterem, pugnaram por reformas econômicas e políticas que lhes possibilitassem a conquista da igualdade jurídica. Os plebeus obtiveram significativa conquista com a Lei das Doze Tábuas, escrita em 450 a.C., porém, somente foram reconhecidos como cidadãos, tais quais os patrícios, em 287 a.C.⁴⁸.

Enquanto as cidades-estados gregas não reconheciam a cidadania dos estrangeiros, estes foram de fundamental importância no processo de dominação romano, pois, em vez de escravizar os povos conquistados, Roma concedia cidadania aos mesmos (podendo esta ser parcial ou total), aumentando, assim, o seu império, o que fortalecia seu poder de conquista de outros povos.

A expansão propiciou aos romanos o contato com o Direito de vários povos, incluindo a Grécia. Com a absorção de algumas práticas jurídicas desses povos ao direito romano, formulou-se o *jus gentium*, aplicável a todo o Império⁴⁹.

⁴⁶ Vide Aristóteles (1984, p. 126).

⁴⁷ “[...] em todos os lugares e nas épocas mais diversas se produz a separação entre *nobreza e povo*, neste caso entre *patrícios e plebeus*, como se lhes chamava em Roma. Eram chamadas ‘patrícias’ as famílias da nobreza, a dos anciãos da comunidade (*patres*), e ‘plebeus’ se denominavam os que se integravam na multidão.” (BLOCH, 1974, p.31).

⁴⁸ “[...] data geralmente aceita como o término da luta entre patrícios e plebeus.” (PERRY, 1999, p. 90). Paul Petit reconhece como o ano em que finda a luta entre essas duas classes em 252 a.C, quando “o sumo pontífice, pela primeira vez, foi um plebeu”. (PETIT, 1979, p. 202). O que não reduziu de todo a desigualdade, tendo em vista que Roma passou a ser governada pela oligarquia composta pelos patrícios e plebeus mais ricos, eleitos muitas vezes por meio de corrupção e fraude nas eleições, conforme ensina Bloch (1974, p. 80).

⁴⁹ Por regular a relação do Império Romano com os distintos povos, o *jus gentium* é considerado uma das origens do Direito Internacional Público. As relações entre os cidadãos romanos eram reguladas pelo *ius civile*. (REALE, 2000).

Em 27 a.C., Otávio Augusto derrotou as tropas de Marco Antônio e Cleópatra, vindo a se tornar imperador de Roma, o que significou o fim da aristocracia e a concentração de poder nas mãos de um só homem⁵⁰.

A eficiência do governo de Augusto deu início ao período da “*pax romana*”, que se estendeu pelos duzentos anos seguintes. Durante tal período o número de escravos diminuiu, bem como aos libertos e a seus descendentes havia o reconhecimento de cidadania, com a atribuição de quase todos os direitos do cidadão romano comum:

A transição da república para monarquia, embora drástica, deu um novo sopro de estabilidade ao Império Romano, que continuou a se expandir e a segurar o que já tinha conquistado. Como os cidadãos não mais votavam naqueles que deveriam conduzir o império, a cidadania pôde ser facilmente ampliada. O clímax veio no ano de 212, quando todos os homens livres podiam tornar-se cidadãos romanos, desfrutar da proteção do notável sistema em evolução da lei romana e fingir desfrutar aquele outro privilégio dos cidadãos: o direito de pagar impostos para um império que, freqüentemente, estava desprovido de receitas. (BLAINEY, 2008, p.93).

Registre-se também a melhora das condições de vida das mulheres, que tiveram a liberdade ampliada com a redução da dependência de consentimento marital para realização de atos da vida civil⁵¹. Podemos perceber aqui relativo avanço da civilização romana em comparação com a grega.

O Império Romano tem o seu fim associado à decadência do seu exército que, enfraquecido, possibilitou invasões germânicas, o que gerou grande crise econômica⁵². Em razão da crise, o modo de produção baseado na escravidão foi gradativamente substituído pela agricultura de subsistência, baseada na servidão. Outro fator de decadência foi a ascensão da aristocracia rica, que propiciou a descentralização política e econômica, com a aquisição de grandes propriedades (latifúndios), configurando o nascimento do Feudalismo.

Contudo, não há como negar as modificações e influências do Império Romano quanto à conformação da idéia do direito moderno⁵³, bem como a principal transformação religiosa

⁵⁰ Vide Petit (1979, p.259).

⁵¹ Vide Venosa (2004, p.38).

⁵² “O Estado tornou-se insolvente e falsário. A moeda tinha apenas 3% de prata, o restante era constituído de cobre e bronze, razão pela qual foi sendo paulatinamente abandonada pela população, o exército não cultivava mais a disciplina dos velhos tempos, era composto em 9/10 por mercenários estrangeiros, sendo freqüentemente dizimado para conter o povo, que explodia em rebeliões internas conduzidas pelos pobres de Roma (guerra civil interna).” (VÉRAS NETO, 2006, p.104).

⁵³ Como, por exemplo, mecanismos de proteção da propriedade privada, bem como a instituição da responsabilidade patrimonial. (VÉRAS NETO, 2006).

da civilização ocidental, qual seja, o nascimento do Cristianismo, tendo como grande difundidor São Paulo (5 d.C – 67 d.C)⁵⁴.

Embora a origem do Cristianismo date do século I, somente veio a se tornar a religião oficial do Império Romano no final do século IV, quando Constantino se converteu a ele.

A importância da doutrina cristã na concepção da igualdade situa-se em seu ideal fraternal (“Amarás teu próximo como a ti mesmo.” (MATEUS, 22:39), significando a crença na união de todos os cristãos em Cristo, conforme passagem bíblica: “Nisto não há judeu nem grego; não há servo nem livre; não há macho nem fêmea: porque todos vós sois um em Cristo Jesus.” (GÁLATAS, 3:28). Contudo, a escravidão era instituição que persistia, embora combatida por muitos cristãos, bem como o tratamento das mulheres como seres inferiores.

A queda do Império Romano e a consolidação do Teocentrismo, com a teoria de Santo Agostinho (354-430), significam a mudança da Antigüidade Clássica para a Idade Média, que tem o seu início marcado pelo aumento do poder da Igreja propiciado pelas “grandes missões de evangelização” (HEERS, 1977, p. 34).

Com exceção da Itália, a vida urbana dava lugar à vida rural das grandes propriedades (feudos), nas quais concentrava-se o poder político, caracterizado pela descentralização, tendo em vista que cada feudo tinha o seu senhor – fonte das normas em cada propriedade, constituindo Direito, Moral, Religião, Política e Ética um só amálgama normativo (CARVALHO NETTO, 1997, p. 474), não existindo diferenciação sistêmica⁵⁵.

Não há que se falar em igualdade no Feudalismo, tendo em vista ser a sociedade rigidamente estratificada em nobreza, clero, povo e, abaixo de todos, os servos (“sociedade de castas”, nos dizeres do Professor Menelick de Carvalho Netto (1997), com crença na pré-destinação, justificada pela vontade divina, o que implicava a impossibilidade de ascensão

⁵⁴ “Ao pregar a doutrina de um salvador ressuscitado e insistir em que a legislação de Moisés havia sido superada, Paulo, quaisquer que fossem suas intenções, estava rompendo com suas raízes de judeu e transformando uma seita judaica numa nova religião. Ao emancipar o cristianismo do judaísmo, tornou-o atraente aos não-judeus, que se interessavam pelo monoteísmo ético dos hebreus, mas rejeitavam as rigorosas exigências da Lei de Moisés. Paulo utilizou o personalismo e o universalismo implícitos nos ensinamentos de Jesus (e dos profetas hebraicos) para criar uma religião destinada não a um povo, com cultura, história e terras próprias, mas a toda a humanidade.” (PERRY, 1999, p. 130). A difusão do Cristianismo também é associada à sua mensagem, que supria algumas carências humanas, principalmente o medo e a desilusão da morte, por acreditar que após a morte há a vida eterna; despertava o sentimento de pertença dos fiéis à comunidade (independentemente da classe social); bem como, por ter absorvido elementos da filosofia e de outras religiões, facilitando a conversão dos adeptos das mesmas.

⁵⁵ Não podendo esquecer a influência das normas cristãs, a título de exemplo, os Dez Mandamentos, dentre eles, não matar, não roubar, etc.

social (quem nasceu servo, servo seria até a sua morte, assim como seus filhos e as gerações seguintes)⁵⁶.

No período feudal, as mulheres também eram consideradas inferiores aos homens e estavam sujeitas à sua autoridade. A interpretação da passagem bíblica de Eva possibilitou a alguns religiosos demonizarem as mulheres, sobretudo, as prostitutas⁵⁷.

No século XI, o aumento da produção agrícola nos feudos movimentou o comércio propiciando o florescimento da vida urbana nas rotas mercantis. Nesse contexto, alguns países europeus, como Inglaterra e França, centralizaram seu poder político, porém alguns abusos do rei eram contidos por meio de revoltas, tendo como exemplo mais significativo destas a revolta dos barões com o Rei João⁵⁸ (1199-1216) da Inglaterra, que culminou na imposição ao rei da chamada Magna Carta, que previa limitações ao poder do rei, mas nada estatuiu acerca da igualdade.

Fábio Konder Comparato (2005) reconhece o início da superação do Feudalismo na Magna Carta, tendo em vista que as mesmas limitações impostas aos reis eram estendidas aos senhores feudais, suprimindo, assim, sua autonomia política, diminuindo seus poderes.

A transição da Idade Média (séculos V a XV) para a Idade Moderna (séculos XV a XVIII) é lenta e influenciada por vários fatores que ocorreram no período entre o Renascimento⁵⁹ e o Iluminismo, no século XVIII. A transição se dá em meio à Reforma

⁵⁶ “O senhorialismo e o feudalismo pressupunham uma ordem social hierárquica, orgânica e estável: o clero que rezava, os senhores que lutavam e os camponeses que trabalhavam. Acreditava-se que a sociedade funcionava bem quando todos aceitavam a sua condição e desempenhavam o papel que lhes era atribuído. Em consequência, os direitos e deveres das pessoas, e sua relação com a lei, dependiam de sua posição na ordem social. Modificar tal posição seria perturbar a unidade orgânica da sociedade. E ninguém, nem mesmos os servos, devia ser privado dos direitos tradicionais associados à sua condição.” (PERRY, 1999, p. 163).

⁵⁷ Para estudo mais aprofundado, recomenda-se a leitura de *Sexo, Desvio e Danação: as Minorias na Idade Média*, de Jeffrey Richards, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993

⁵⁸ O rei da Inglaterra, alcunhado “João Sem Terra”, cometia vários abusos, causando descontentamento geral: “[...] exigia dos barões mais do que de costume, oprimia os pequenos senhores e cobrava pesadas contribuições dos comerciantes, além de abusar constantemente de seus poderes de guarda dos descendentes menores, das filhas e esposa de um barão morto [...]” (SAMPAIO, 2004, p. 150). A gota d’água, porém, ocorreu quando: “O rei João criou, inadvertidamente, uma situação que provocou um novo passo no desenvolvimento político da Inglaterra. Travando uma prolongada e onerosa guerra com o rei da França, João obrigou seus vassallos a pagar tributos cada vez maiores e puniu alguns deles sem julgamento adequado. Em 1215 os barões, irritados, rebelaram-se e o obrigaram a afixar seu selo a um documento chamado de Magna Carta, considerado a raiz do excepcional respeito inglês pelas liberdades e direitos básicos. Embora fosse essencialmente um documento dirigido contra um rei que violara as práticas feudais, a Magna Carta firmava certos princípios passíveis de uma interpretação mais ampla.” (PERRY, 1999, p. 169). O Professor José Adércio Leite Sampaio (2004) afirma que, embora na Magna Carta fossem conservados privilégios dos barões e do clero, não se deixa de reconhecer a importância de tal documento para a história dos direitos humanos. A título de exemplo dessa importância, Pais cita o capítulo 39 do referido documento: “Nenhum homem livre deve ser preso, encarcerado, espoliado, proscrito, desterrado, ou em nenhum caso prejudicado, se não for diante de um tribunal legítimo de seus iguais, e segundo a lei da região”. (PAIS, 1992, p. 11).

⁵⁹ O Renascimento (1350-1600) teve origem na Itália e foi um movimento, sobretudo nas artes, de valorização da natureza humana (Humanismo). Destaca-se, na ciência política, simbolizando o avanço do desenvolvimento da

Protestante, à consolidação do Capitalismo, à Revolução Científica e ao Racionalismo Filosófico⁶⁰.

A Reforma Protestante⁶¹ foi um movimento desencadeado por Martinho Lutero, em 1517, em face dos abusos cometidos pela Igreja Católica, como por exemplo, a corrupção e a venda de indulgências. O monge alemão escreveu 95 teses, difundidas pela Europa de forma rápida em razão da invenção da imprensa, nas quais questionava os abusos cometidos pela Igreja, bem como a necessidade de se recorrer à mesma na busca pela salvação. Suas idéias ganharam a adesão de grande parte do povo, o que expressou o descontentamento popular com a Igreja, fazendo com que o Protestantismo se tornasse forte em vários pontos da Europa, dentre eles, Alemanha e Inglaterra⁶².

A Igreja Católica reagiu com a Contra-Reforma, fundando a Companhia de Jesus, ampliando e endurecendo a atuação da Inquisição e proibindo vários livros, por meio de um *Índex* que os enumerava. Em nome da religião, muitas lutas sangrentas ocorreram nesse período e a liberdade religiosa também foi restringida. Porém, a quebra da unanimidade da Igreja Católica já tinha sido feita, o que propiciou a sua separação do Estado.

A Reforma também foi importante para a igualdade na indistinção de Lutero entre os leigos e o clero: “Todos os crentes eram iguais em espírito: todos igualmente cristãos; todos igualmente sacerdotes.” (PERRY, 1999, p. 245).

A formação dos Estados Nacionais (séculos XVI e XVII), através da afirmação do poder dos reis com o Absolutismo, concomitantemente com a expansão econômica ultramarina (expansão do mercado), na busca por dinheiro e poder, permitiram o aumento e concentração de riquezas, o que propiciaria a ascensão do Capitalismo. Data dessa época o comércio de escravos africanos, sobretudo por Portugal, Inglaterra, França e Holanda⁶³.

concepção de mundo com a tendência do afastamento de Estado e Igreja. Vide BIRIUKOVITCH; LEVITSKI, (1979, p.181).

⁶⁰ Tratado no tópico anterior, quando se analisa a evolução do tratamento jurídico dado aos princípios.

⁶¹ Segundo Perry (1999), as origens da Reforma se deram no séc. XIV, com John Wycliffe (Inglaterra) e Jan Hus (Boêmia, atual República Checa), que afirmavam não ser necessária a intermediação da Igreja no contato com Deus.

⁶² Na França, o protestantismo foi difundido por Calvino (1509-1564), que acreditava na predestinação (No sentido de que Deus já havia planejado quem mereceria o Reino dos Céus e quem iria para o Inferno). (BLAINEY, 2008). Porém, naquele país, a partir de 1534, o protestantismo foi proibido. (PERRY, 1999).

⁶³ No Brasil, o fator que mais motivou o comércio de escravos foi o cultivo da cana de açúcar, tendo em vista que a população indígena escravizada tornou-se insuficiente para o desenvolvimento e expansão da atividade: “A abundância de terras férteis e ainda mal desbravadas fez com que a grande propriedade rural se tornasse, aqui, a verdadeira unidade de produção. Cumpria apenas resolver o problema do trabalho. E verificou-se, frustradas as primeiras tentativas de emprego do braço indígena, que o recurso mais fácil estaria na introdução de escravos africanos”. (HOLANDA, 2004, p. 48). A Espanha, país que mais enriqueceu e conquistou durante a corrida ultramarina, escravizava os nativos (indígenas) de suas colônias.

A movimentação de prata na Europa e o aumento demográfico do período fizeram com que as mercadorias se tornassem insuficientes para a população, o que resultou no aumento dos preços dos produtos básicos. Tal alta dos preços resultou na expansão da agricultura, transformando a produção agrícola, antes feudal, de subsistência, em uma atividade comercial lucrativa e de grande extensão, o que também permitiu o acúmulo de riquezas. Tais modificações na economia propiciaram o desenvolvimento do Capitalismo⁶⁴.

Nesse período da História, o movimento que mais interessa a este trabalho é o movimento iluminista⁶⁵ (século XVIII), que tem como principal característica a busca do conhecimento através da razão, tendo em vista que é nesse momento que são difundidas importantes teorias da igualdade e da liberdade. O pensamento político de tal período, influenciado por Hobbes⁶⁶ e Locke, direciona-se na coibição dos abusos praticados pelo Estado, sendo que neste último filósofo encontram-se as bases do constitucionalismo moderno de limitação do Estado pela lei.

A idéia de democracia, porém, somente é introduzida no pensamento de Jean-Jacques Rousseau (1721-1778) que, rejeitando o Absolutismo, torna-se importante autor na formulação da teoria da igualdade, outorgando a todos os cidadãos soberania e possibilidade de participação no Legislativo. Embora Rousseau, juntamente com outros filósofos iluministas, continuasse a defender a inferioridade das mulheres em relação aos homens.

Os iluministas também repudiam a escravidão e o comércio de escravos. A este respeito, as idéias revolucionárias de Montesquieu (1689-1755⁶⁷), no seu livro *Décimo quinto*, do célebre *Do espírito das leis*:

⁶⁴ “Para promover a economia nacional, os governos subvencionaram as indústrias novas, licenciaram companhias para o comércio ultramarino e acabaram com as barreiras locais ao comércio – tais como regulamentos de corporações e tarifas internas. A combinação desses três fatores – a revolução dos preços, a concentração da riqueza em mãos privadas e a atividade governamental – construiu a base para o investimento continuado e o aparecimento do capitalismo mercantil. Essa nova força no mundo não deve ser confundida com o capitalismo industrial, este surgiu com a Revolução Industrial na Inglaterra no século XVIII, mas o capitalismo mercantil preparou o caminho para ele.” (PERRY, 1999, 280).

⁶⁵ Voltaire (1694-1778) foi o líder do movimento, direcionando suas críticas às incongruências do Cristianismo, – a prática de violência na imposição da doutrina cristã – à veracidade dos fatos bíblicos e ao Absolutismo. Define em seu *Dicionário* a igualdade: “[...] a igualdade é, ao mesmo tempo, a coisa mais natural e a mais quimérica do mundo: natural, quando limitada aos direitos, antinatural quando tenta nivelar bens e poderes.” (VOLTAIRE *apud* DURANT, 2000, p. 238).

⁶⁶ Embora defensor do Absolutismo, Hobbes rejeitava a teoria do direito divino dos reis que defendia que o rei era escolhido por Deus. “O Estado, em Hobbes, aparece como uma pessoa e deve ser representado por um homem único, com o consentimento de todos.” (CORVISIER, 1980, p.227).

⁶⁷ Montesquieu combateu a concentração de autoridade em um só poder, formulando a teoria da tripartição dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), com vistas à preservação da liberdade política, tendo em vista que “[...] a liberdade só seria possível se aquele que exercer uma das funções do Estado não puder exercer as outras.” (ALVES JÚNIOR, 2004, p. 50).

[...]. Na democracia, em que todos são iguais, e na aristocracia, em que as leis devem envidar todos os esforços para que todos sejam tão iguais quanto a natureza do governo o permita, os escravos são contra o espírito da constituição; só servem para dar aos cidadãos um poder e um luxo que não devem ter. (MONTESQUIEU, 2000, p. 293).

A Reforma Protestante, a ascensão do Capitalismo, a Revolução Científica e o Racionalismo Filosófico, representado pelo Iluminismo, resultam na transição do paradigma antigo e medieval para o moderno, pois alteraram a visão de mundo, antes teocêntrica, para antropocêntrica. As novas idéias são consolidadas pela Revolução Americana (1776) e Francesa (1789) resultando na consolidação do Estado Liberal⁶⁸.

Mas a igualdade não se materializava, persistindo a manutenção do sistema que delegava às mulheres e aos escravos a condição de seres inferiores. Para ilustrar esta condição e finalizar o estudo da igualdade na Antigüidade, Idade Média e Idade Moderna, valer-se-á do pensamento do filósofo iluminista Marie Jean Antoine Nicolas Caritat, Marquês de Condorcet (1743-1794), para quem a igualdade estava extremamente atrelada ao progresso da humanidade:

Nossas esperanças com relação à futura condição da raça humana podem ser agrupadas em três tópicos importantes: a abolição da desigualdade entre as nações, o progresso da igualdade dentro de cada nação e a verdadeira perfeição da humanidade [...].

Época virá, portanto, em que o sol brilhará apenas sobre os homens livres que não reconheçam nenhum outro mestre além da razão; em que os tiranos e os escravos, os padres e seus instrumentos estúpidos e hipócritas existirão somente nos livros de história e no palco; e pensaremos neles apenas para lamentar suas vítimas e seus crédulos; para nos manter vigilantes ao lembrar de seus excessos; e para aprender a reconhecer e então destruir, pelo poder da razão, as primeiras sementes da tirania e da superstição, caso ousem ressurgir entre nós. (CONDORCET *apud* PERRY, 1999, p. 309).

2.2.1.2 Contemporaneidade: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito

As idéias iluministas⁶⁹, principalmente o jusnaturalismo lockeano⁷⁰, serviram de fundamento para a independência norte-americana, em 1776, que se apresentou como uma

⁶⁸ O Professor José Adércio Leite Sampaio cita Carl Schmitt, que reconhece o momento da Revolução Americana, sua independência e declarações de direitos, como o começo da “Era democrática – mais exato: liberal – do moderno Estado de Direito liberal-burguês.” (SCHMITT *apud* SAMPAIO, 2004, p. 186).

⁶⁹ Os ideais iluministas foram as bases para as Revoluções Americana e Francesa, influenciando também outros movimentos de emancipação em todo mundo, merecendo destaque, no Brasil, a Inconfidência Mineira (1789) e a

resposta revoltosa dos então colonos americanos frente aos abusos tributários e religiosos cometidos pela Inglaterra.

A Revolução dos Estados Unidos reconhece a soberania do povo e institui uma forma de Estado com poderes separados e independentes, com possibilidade de controle recíproco, defendendo os indivíduos do abuso do poder por meio da proteção dos direitos individuais.

A primeira Declaração de Direitos do período foi a do estado da Virgínia, de junho de 1776, considerada por Comparato (2005, p. 49) “o registro de nascimento dos direitos humanos na História”, e inovou, ao trazer em seu artigo I:

Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança⁷¹.

Quanto à igualdade, representa avanço significativo, visto que reconhecia a igualdade dos cidadãos⁷² perante a lei, acabando com os privilégios estabelecidos conforme a classe (nobreza/clero/povo), até então praticados. Mas persistia muito forte na sociedade americana

Baiana (1798), também conhecida como Conjuração dos Alfaiates, nas quais reivindicou-se também a abolição da escravidão. (SCHMIDT, 1997).

⁷⁰ No *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, escrito entre os anos de 1689 e 1690, Locke (1632-1704) reconhece que a vida, a propriedade e a liberdade são direitos naturais, ou seja, são inatos aos homens, juntamente com a igualdade que, segundo o filósofo, é um estado: “[...] onde a reciprocidade determina todo o poder e toda a competência, ninguém tendo mais que os outros; evidentemente, seres criados da mesma espécie e da mesma condição, que, desde seu nascimento, desfrutam juntos de todas as vantagens comuns da natureza e do uso das mesmas faculdades, devem ainda ser iguais entre si, sem subordinação ou sujeição, a menos que seu senhor e amo de todos, por alguma declaração manifesta de sua vontade, tivesse destacado um acima dos outros e lhe houvesse conferido sem equívoco, por uma designação evidente e clara, os direitos de um amo e de um soberano.” (LOCKE, 1994, p. 83) .

⁷¹ Traduzido por COMPARATO (2005, p. 49).

⁷² É importante ressaltar que conceito de cidadão da época também se restringia aos homens brancos. Importante decisão da Suprema Corte no caso *Dred Scott* (1857), em que a mesma nega a condição de cidadão do Estado de Missouri ao escravo, descendente de africanos: “*The question is simply this: Can a negro, whose ancestors were imported into this country, and sold as slaves, become a member of the political community formed and brought into existence by the Constitution of the United States, and as such become entitled to all the rights, and privileges, and immunities, guaranteed by that instrument to the citizen? (...) We think they are not, and that they are not included, and were not intended to be included, under the word "citizens" in the Constitution, and can therefore claim none of the rights and privileges which that instrument provides for and secures to citizens of the United States.*” (“A questão é simplesmente esta: Pode um negro, cujos antepassados foram importados para este país, e vendidos como escravos, se tornar um membro da comunidade política formada e tomado existência pela Constituição dos Estados Unidos, e como tais se tornarem titulares de todos os direitos, e privilégios, e imunidades, garantidas por este instrumento aos cidadãos? (...) Nós pensamos que eles não são, e que não estão incluídos, e não foi intencionado que fossem incluídos na palavra “cidadãos” na Constituição e, conseqüentemente, não podem reivindicar nenhum dos direitos e privilégios que este instrumento fornece e assegura aos cidadãos dos Estados Unidos”) (tradução nossa).

o instituto da escravidão⁷³, bem como a restrição ao voto e às oportunidades às mulheres. Não obstante, a Independência Americana representou grande avanço em relação à realidade dos europeus, tendo em vista que os ideais de igualdade e liberdade iluministas se viam concretizados pelos americanos.

Assim, a Revolução Americana:

[...] ajudou a estimular a Revolução Francesa e, num sentido mais estrito, forneceu modelos constitucionais – competindo e às vezes se alternando com a Revolução Francesa – para vários Estados latino-americanos e, esporadicamente, a inspiração para movimentos democrático-radicais. (HOBSBAWN, 1996, p.12).

Inspirada no sucesso da Revolução Americana e nos ideais iluministas, a Revolução Francesa, alicerçada pelos pilares da liberdade, igualdade e fraternidade, consolida o Estado Nacional francês⁷⁴, sendo também de extrema importância na consolidação do Estado Liberal.

A sociedade francesa ainda era piramidal: no topo, o clero (Primeiro Estado); no segundo estamento, a nobreza (Segundo Estado); e na base (Terceiro Estado), os burgueses⁷⁵, camponeses e trabalhadores urbanos, sendo a desigualdade uma instituição necessária desse tipo de sociedade.

Tal desigualdade figurou como um dos principais motivos para insatisfação da base dessa sociedade: a burguesia se voltou contra os privilégios clericais e dos nobres; e os camponeses, contra a alta tributação, além dos valores que entregavam à Igreja e aos senhores⁷⁶.

⁷³ “Foi preciso uma guerra civil, quase cem anos depois da Constituição promulgada, para que a escravidão fosse abolida do país. Era corrente até então, e mesmo alguns anos depois da guerra, nos ‘círculos liberais dos Estados do Sul’ a defesa de que a liberdade contratual e de comércio dependia do direito de propriedade de escravos. O argumento representava, a seu tempo e modo, a exteriorização radical da contradição do liberalismo desigual que se pregava na Europa, um liberalismo sem democracia e de exclusão do populacho. Apenas com a Emenda XIV de 1868 é que tivemos a reparação constitucional da desigualdade.” (SAMPAIO, 2004, p. 187).

⁷⁴ “[...] a Revolução Francesa transformou o Estado dinástico do Antigo Regime no Estado moderno: nacional, liberal, secular e racional. Quando a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão afirmou que ‘a fonte de toda soberania reside essencialmente na nação’, o conceito de Estado assumiu um significado novo. O Estado já não era apenas um território ou federação de províncias; não era apenas a posse privada de reis que se diriam delegados de Deus na Terra. De acordo com a nova concepção, o Estado pertencia ao povo como um todo, e o indivíduo, antes súdito, era agora cidadão com direitos e deveres, governado por leis que não estabeleciam distinções baseadas na ascendência.” (PERRY, 1999, p. 348).

⁷⁵ “A burguesia consistia em manufatureiros comerciantes, comerciantes atacadistas, banqueiros, mestres-artesãos, médicos, advogados, intelectuais e funcionários governamentais dos escalões inferiores. Embora os burgueses fossem ricos, não tinham prestígio social. Um comerciante, apesar de seu êxito, sentia que sua ocupação negava-lhe o respeito desfrutado pela nobreza.” (PERRY, 1999, p. 321).

⁷⁶ Por mais que a servidão estivesse praticamente extinta, por não possuírem os meios de produção, os camponeses tinham que pagar uma taxa aos senhores para utilização, por exemplo, do forno para a fabricação de pão.

O Terceiro Estado, frente à desigualdade, fome e abusos monárquicos e religiosos se organizou em uma Assembléia Nacional, que se converteu em Assembléia Constituinte, tendo promovido, dentre outras, as seguintes reformas: instituição da igualdade perante a lei, substituição da sociedade de castas por uma sociedade na qual todos eram cidadãos; proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e promulgação da Constituição francesa (1791).

A Declaração (1789) versa, principalmente, sobre os direitos de liberdade, coibição de abusos por parte do Estado e sobre a igualdade, reconhecida no artigo 1º nos seguintes termos: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.”

Sobre a igualdade, mais especificamente perante a lei, bem como sobre a possibilidade de igual participação dos cidadãos para elaboração desta, versa o artigo 6º da Declaração:

Art. 6. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente, ou por meio de representantes, à sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer proteja, quer puna. Todos os cidadãos, sendo iguais aos seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, cargos e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem outra distinção a não ser a de suas virtudes e talentos.⁷⁷

A grande diferença entre as declarações de direitos americana e francesa é a pretensão de universalidade desta última, merecendo destaque a importância significativa e avanço quanto à igualdade, abolindo-se o instituto feudal de servidão, acabando com os privilégios religiosos e a proibição do tráfico escravagista nas colônias, conforme destaca Comparato (2005), permanecendo, porém, a desigualdade de gêneros.

Com relação à previsão formal da igualdade na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o historiador Eric Hobsbawm (1996) não reconhece que a mesma seja um manifesto por uma sociedade igualitária e democrática, mas somente um manifesto contra os privilégios da nobreza, isso porque o direito à propriedade continuava a ser considerado como um direito natural: “Os homens eram iguais perante a lei e as profissões estavam igualmente abertas ao talento; mas, se a corrida começava sem empecilhos, pressupunha-se como fato consumado que os corredores não terminariam juntos.” (HOBSBAWM, 1996, p. 20).

Portanto, é necessário que se analisem de forma crítica tais movimentos, visto que a igualdade social que idealizamos hoje não tem o mesmo significado da igualdade idealizada

⁷⁷ Traduzida por COMPARATO (2005, p. 154).

no período das Revoluções Burguesas. Mesmo assim, não se pode deixar de reconhecer a importância de tais eventos para a democracia e para a igualdade. Nesse sentido, Fábio Konder Comparato afirma:

[...] a democracia moderna, reinventada quase ao mesmo tempo na América do Norte e na França, foi a fórmula política encontrada pela burguesia para extinguir os antigos privilégios dos dois principais estamentos do *ancien regime* – o clero e a nobreza – e tornar o governo responsável perante a classe burguesa. O espírito original da democracia moderna não foi, portanto, a defesa do povo pobre contra a minoria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável. [...] a democracia moderna surgiu como movimento de limitação geral dos poderes governamentais, sem qualquer preocupação de defesa da maioria pobre contra a minoria rica. (COMPARATO, 2005, p. 50).

Consolidado o Estado Liberal pelas revoluções acima estudadas, importa-nos verificar as suas principais características e de que forma é concebido o princípio da igualdade em tal paradigma.

As declarações de direitos americana e francesa influenciaram a elaboração de constituições ao redor do globo, em um movimento denominado constitucionalismo⁷⁸, com a consagração de dois grupos de direitos fundamentais: os direitos individuais (liberdade e propriedade) e os direitos políticos.

A Constituição deve proteger os indivíduos contra as arbitrariedades estatais – amparada na separação de poderes, visto que se pretendia um Estado mínimo, marcado pelo Liberalismo, filosofia política e econômica dominante na época, formulada por Adam Smith (1723-1790) como a teoria do *laissez-faire*, concebendo um Estado não-intervencionista, o que propicia a ascensão do Capitalismo⁷⁹.

O ordenamento jurídico é caracterizado pelo estrito legalismo, fruto do Positivismo. Considerando que a Lei era fruto do Parlamento, que representava a vontade geral da Nação, suas prescrições eram indiscutíveis.

⁷⁸ O “amalgama normativo” (CARVALHO NETTO, 1997) Direito, Moral e Religião, existente na Antiguidade é rompido na Modernidade. O Direito adquire o *status* de ciência autônoma, sendo a Constituição a sua maior expressão, concebida esta no Estado Liberal, conforme nos explica o Professor Cattoni: “A Constituição é, então compreendida como ‘instrumento de governo’ (*instrument of government*), como o estatuto jurídico-político fundamental da organização da sociedade política, do Estado. É através da Constituição compreendida como organização e limitação do poder político, que se juridifica o Estado que, legitimado pelo Direito e pelo regime representativo, passa a ser concebido como Estado de Direito, como Estado Constitucional.” (OLIVEIRA, 2002, p. 56).

⁷⁹ Uma das principais fontes do nosso estudo é o artigo de Daniel Sarmiento: *Os Direitos Fundamentais nos Paradigmas Liberal, Social e Pós-Social* (2003).

Assim, o juiz não tinha ampla autonomia na decisão do caso concreto. A lei deveria ser fielmente cumprida, o que permite concluir pela total prevalência do Poder Legislativo sobre os demais poderes.

Os avanços tecnológicos com a conseqüente mudança dos meios de produção propiciam a Revolução Industrial, acarretando profundas transformações na sociedade, dentre elas o aumento da população urbana, composta por operários recém-saídos dos campos, como conseqüência do desenvolvimento industrial. A doutrina liberal não-intervencionista “permitia” uma super-exploração desses operários, que trabalhavam em condições desumanas, com excesso de jornada (podendo chegar a 15 horas diárias), ambiente de trabalho perigoso e insalubre, podendo ser multados pelos mais diversos motivos (como estar conversando, se envolver em acidente, atrasos) e demitidos sem qualquer direito⁸⁰.

Em tal ambiente, a igualdade se apresentava somente em seu aspecto formal, ou seja, prezava-se apenas a igualdade perante a lei, visto que a desigualdade social proporcionada pelo acúmulo de capitais em poucas mãos e aumento da população pobre e miserável em tal período não permitiu a concretização da igualdade⁸¹.

Em resposta ao aumento da pobreza, Karl Marx e Friedrich Engels escreveram, em 1848, o *Manifesto Comunista*, no qual reconheceram a existência de uma luta de classes (burguesia e proletariado) e teorizaram a modificação do sistema econômico (de Capitalismo para Comunismo, com o fim da propriedade privada), como conseqüência da derrota da burguesia pelo proletariado, visando também à redução da desigualdade⁸².

O pensamento marxista, o surgimento de partidos socialistas e sindicatos alavancam a conquista de direitos pelos trabalhadores, o que significou importante avanço na mudança do paradigma do Estado Liberal para o do Estado Social⁸³.

⁸⁰ Merece destaque a super-exploração do trabalho infantil e do trabalho da mulher. Para que se tenha uma idéia dos abusos cometidos em tal período, em Londres, em 1833, foi aprovada a chamada Lei de Fábrica, que proibia que crianças menores de 13 anos trabalhassem mais que nove horas por dia, bem como o trabalho não poderia ultrapassar sessenta e nove horas por semana para pessoas com idade entre 13 e 18 anos (!). (PERRY, 1999).

⁸¹ O Professor Marciano Seabra de Godói analisa de forma crítica a igualdade no Estado Liberal: “O paradigma liberal sofria de uma ‘cegueira social’ na medida em que propugnava por uma igualdade de direitos negativos de liberdade que, na prática, resultava totalmente ilusória, uma vez que a definição abstrata de direitos iguais era negada por condições fáticas desiguais concernentes ao exercício destas mesmas liberdades pelos indivíduos.” (GODOI, 1999, p. 84).

⁸² Nos dizeres dos próprios autores: “[...]. A burguesia produz, sobretudo, seus próprios coveiros. Sua queda e a vitória do proletariado são igualmente inevitáveis.” (MARX, 1980, p.24).

⁸³ “[...]. Idéias socialistas, comunistas e anarquistas começam a colocar agora em xeque a ordem liberal e a um só tempo animam os movimentos coletivos de massa cada vez mais significativos e neles se reforçam com a luta pelos direitos coletivos e sociais, como o de greve e de livre organização sindical e partidária, como a pretensão a um salário mínimo, a uma jornada máxima de trabalho, à seguridade e previdência sociais, ao acesso à saúde, à educação e ao lazer. Mudanças profundas também de toda ordem conformam a nova sociedade de massas que

Surgem também os movimentos feministas no século XIX, pugnando pela igualdade. As mulheres, influenciadas pelos ideais iluministas e pelas revoluções americana e francesa, passaram a reivindicar iguais direitos. As proibições de voto da época apoiavam-se, principalmente, no argumento de incapacidade das mulheres para tanto. Geoffrey Blainey (2008) noticia que, somente em 1869, no território de Wyoming (Estados Unidos), foi concedido às mulheres o direito de votar, “na esperança de atrair mais mulheres a ocuparem seu território” (BLAINEY, 2008, p. 279), composto, em sua maioria, por homens.

O liberalismo, com seu conceito de liberdade individual, amplia o conceito para a liberdade nacional, dando força aos movimentos nacionalistas, que se exacerbaram transformando-se os governos, posteriormente, em totalitários.

A transição do paradigma do Estado Liberal para o Estado Social se dá após a I Guerra Mundial, devido à necessidade de reconstrução dos países. Nos Estados Unidos, o governo se torna intervencionista em razão da Grande Depressão, crise financeira da década de 1920 que atinge o seu ápice com a quebra da bolsa de Nova York, em 1929, quando o presidente Delano Roosevelt cria um pacote de medidas para recuperação sócio-econômicas (*New Deal*).

O modelo do Estado Social surge quando se evidencia que um modelo não-intervencionista de Estado é incapaz de satisfazer aos anseios humanos de liberdade e igualdade. Tal transição tem como símbolos as Constituições do México (1917)⁸⁴ e de Weimar (Alemanha, 1919)⁸⁵, que já consagravam alguns direitos sociais.

Advêm no paradigma do Estado Social os direitos sociais, juntamente com os direitos econômicos⁸⁶, merecendo importância a positivação dos mesmos⁸⁷, ocorrendo também neste paradigma a releitura e redefinição dos direitos consagrados no Estado Liberal. A igualdade e a liberdade tomam novas formas neste paradigma, ou seja, aqui, não se é livre para fazer tudo o que a lei não proíbe, mas a liberdade está intrínseca e umbilicalmente ligada ao conceito de igualdade.

surge após a 1ª Guerra Mundial e, com ela o novo **paradigma constitucional do Estado Social.**” (CARVALHO NETTO, 1997, p.480).

⁸⁴ Comparato (2005) destaca que a maior importância da Constituição mexicana de 1917 foi a de, pela primeira vez no mundo, reconhecer os direitos trabalhistas como fundamentais, bem como pelo tratamento da relação trabalhador/empregador, estabelecendo nela o princípio da igualdade.

⁸⁵ Além de também reconhecer os direitos trabalhistas como fundamentais, a Constituição de Weimar inova ao reconhecer igualdade de direitos entre mulher e marido (art.119); a obrigatoriedade da educação (art. 145); e a preocupação com a dignidade humana (Art. 151).

⁸⁶ O Professor José Adércio Leite Sampaio (2005) inclui nos direitos advindos com o Estado Social os direitos culturais que seriam aqueles que “dizem respeito ao resgate, estímulo e à preservação das formas de reprodução cultural das comunidades, bem como se destinam a possibilitar a participação de todos nas riquezas espirituais comunitárias.” (SAMPAIO, 2004, p. 263).

⁸⁷ No Brasil, acompanhou-se tal movimento, com a positivação de direitos sociais na Constituição – o que será tratado mais à frente – e em leis infraconstitucionais, a título de exemplo, a Consolidação das Leis Trabalhistas.

A igualdade visada é a material, conforme nos ensina Cruz:

O paradigma social do direito consolidou a perspectiva de tratamento privilegiado do hipossuficiente econômica e socialmente, dando colorações distintas ao princípio da igualdade, tal como concebido pelos revolucionários franceses. A igualdade deixa seu aspecto meramente formal, assumindo uma concepção material e inovadora, permitindo a consecução da máxima: “Tratar desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade”. (CRUZ, 2005, p. 10).

O Estado se torna decididamente intervencionista em favor dos necessitados, devido à exigência da sociedade de prestações positivas, numa relação de clientela, de forma a priorizar os interesses públicos sobre os privados e promover uma justiça social distributiva. Tem-se aqui a prevalência do Poder Executivo com atuação através de políticas públicas.

Em razão do fortalecimento do Executivo, no Estado Social, o Judiciário se subordina a ele, aplicando sem maior autonomia as normas que dele emanam, buscando a realização das políticas públicas por ele previstas⁸⁸.

O aumento considerável do poder estatal, juntamente com o nacionalismo exacerbado, ocasionaram uma distorção no paradigma do Estado Social, com o aparecimento de governos totalitários, que surgiram com o intuito de acabar com o liberalismo e o marxismo, fundamentando-se nas conseqüências que ambos os sistemas trouxeram (o primeiro, a grande desigualdade e pobreza generalizada; o segundo, a Revolução Russa, em 1917), segundo Hobsbawm (2005).

Tais governos ansiavam pela homogeneização da população nacional, desprezando o princípio da igualdade quanto às minorias, as quais pretendiam dizimar, consolidando governos de extremo racismo (entendido aqui no sentido etnocêntrico, não se restringindo ao racismo contra os negros). O ápice de tal pensamento se dá quando Hitler chega ao poder, na Alemanha, e realiza tais teorias com o Holocausto, quando foram mortos seis milhões de judeus.

As atrocidades dos governos totalitários, bem como a II Guerra Mundial, finalizada com o lançamento de duas bombas atômicas pelos Estados Unidos nas cidades japonesas de Hiroshima e Nagasaki, ocasionando milhares de mortes e quase a total destruição de um país, mostram ao mundo a necessidade de a humanidade conviver pacificamente, sendo necessário, para tanto, o respeito aos direitos humanos, formando-se, então, a ONU (Organização das Nações Unidas), em 1945.

⁸⁸ Vide Sarmiento (2003, p. 393).

Em 1948, é proclamada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, reconhecendo a dignidade da pessoa humana. Ao longo de seu texto, a Declaração enfatiza a igualdade, merecendo destaque também, a proibição que a mesma estabelece para qualquer tipo de escravidão. A Declaração Universal dos Direitos do Homem significou uma das maiores conquistas da Humanidade, sendo considerada como marco no reconhecimento dos direitos humanos. A título de exemplo na evolução do tratamento dado a igualdade pela Declaração, o seu artigo II:

Declaração dos Direitos do Homem (1948). Artigo II. 1. Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição⁸⁹.

A passagem do paradigma do Estado Social para o Estado Democrático de Direito se dá no processo de democratização ocorrido após a segunda Guerra Mundial. Em meio à globalização econômica, que impõe a derrubada das fronteiras nacionais, emerge a chamada Era da Informação, propiciada pela tecnologia. A organização da sociedade em associações civis irrompe os direitos difusos e coletivos como reinterpretação e união dos direitos do Estado Liberal e do Estado Social, além da ampliação e reinterpretação destes⁹⁰.

Com o advento do Estado Democrático de Direito, o princípio da igualdade assume a normatividade almejada pelo Constitucionalismo atual, sendo reconhecido como direito fundamental em várias constituições ao redor do mundo. O Estado Democrático de Direito tem como fundamento a democracia, a qual se entende como o direito de participação e igualdade de recursos/oportunidades⁹¹: o Direito aqui é pluralista, participativo e aberto.

E é neste atual contexto que importa examinar as atuais concepções do princípio da igualdade.

⁸⁹ Traduzido por COMPARATO, 2005, p. 232.

⁹⁰ Sampaio (2004) cita, ainda, outros grupos de direitos do período atual – com diferentes teorias a respeito: um, dentre os quais se incluem os direitos ambientais, bioéticos, de participação na democracia, de comunicação (fruto da chamada Era da Informação, em decorrência dos avanços tecnológicos), e outros; outro grupo incluiria os seguintes direitos, a título de exemplo, o “direito à identidade individual, ao patrimônio genético e à proteção contra o abuso de técnicas de clonagem” (SAMPAIO, 2004, p. 302).

⁹¹ As discussões acerca de se considerar a igualdade como igualdade de oportunidades ou de recursos serão tratadas nos tópicos seguintes.

2.2.2 Concepções contemporâneas do princípio da Igualdade: a visão do constitucionalismo brasileiro à luz das teorias de Ronald Dworkin e Jürgen Habermas

Neste tópico estudar-se-á o tratamento dado ao princípio da igualdade no Estado Democrático de Direito pelos principais autores brasileiros sobre o tema, que tomam como marco teórico os conceitos de igualdade formulados por Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, tendo em vista a importância dos referidos autores para a doutrina jurídica atual e a influência que exercem sobre a doutrina brasileira especializada⁹².

A escolha de Habermas e Dworkin como paradigmas da concepção contemporânea de igualdade reside no fato de os dois representarem grandes expoentes na teorização do Estado Democrático de Direito: o primeiro, por visualizar a igualdade na democracia, com a igual possibilidade de participação dos cidadãos nos discursos políticos; o segundo, pela interpretação conjunta que faz entre os princípios da igualdade e da liberdade, sem priorizar um em detrimento do outro, considerando-os mutuamente necessários e dependentes.

Como dito acima, no Estado Democrático de Direito, tem-se uma releitura dos direitos fundamentais reconhecidos no Estado Liberal e no Estado Social, sendo que a igualdade não é somente formal, como no Estado Liberal, tampouco homogeneizante, como no Estado Social. O princípio da igualdade no Estado Democrático de Direito é visto, sobretudo, como o respeito às diferenças, à pluralidade, devendo o Estado atuar de forma a reduzir as desigualdades sociais e assegurar que as minorias tenham os seus direitos respeitados⁹³.

O princípio da igualdade é tema central na obra de Ronald Dworkin. Para o autor americano o conceito de igualdade é o cerne do conceito de democracia, pois tanto em um quanto em outro os cidadãos devem ser tratados com o mesmo respeito e consideração. Pois, se os cidadãos não são igualmente respeitados pelo Estado que sobre eles exerce um domínio pretensamente legítimo, não participam, e a democracia não se realiza.

⁹² Em razão da influência que Dworkin e Habermas exercem na doutrina brasileira, optar-se-á por estudar as obras dos referidos autores estrangeiros e um número limitado de doutrinadores que os seguem. Embora se reconheça a importância de todos os estudos sobre a igualdade, neste tópico, especificamente, destacar-se-ão as doutrinas dos Professores Marciano Seabra de Godói, Marcelo Campos Galuppo e Álvaro Ricardo de Souza Cruz, que constituem posições que se ajustam à nossa convicção do que seja o princípio da igualdade.

⁹³ Corroborando a nova concepção do princípio da igualdade no Estado Democrático de Direito, Sampaio afirma ao tratar dos direitos sociais: “É importante destacar que o Estado detém o papel de promoção da maioria desses direitos por meio da criação ou ampliação dos serviços públicos. De outro lado, a igualdade impõe a necessária identificação das diferenças dos seres humanos, requisitando uma especialização de natureza subjetiva de modo a resguardar os especialmente necessitados ou marginalizados (minorias, doentes, presos, mulher, criança e idoso).” (SAMPAIO, 2004, p. 262).

A idéia central da igualdade em Dworkin é o tratamento de todos os indivíduos com a mesma consideração e respeito. Dworkin (2005) considera como a virtude soberana da comunidade política a consideração igualitária do governo pelo destino de todos os cidadãos. Todavia, reconhece o autor americano a dificuldade em se conceituar a igualdade, tendo em vista que esta não pode ser concebida de forma “absoluta e indiscriminada”: “[...] não há nada que se possa dizer em defesa de um mundo no qual aqueles que optam pelo ócio, embora pudessem trabalhar, são recompensados com o produto dos trabalhadores.” (DWORKIN, 2005, p.X).

Para Ronald Dworkin (2005) a igual consideração se materializa na igualdade de recursos, que é uma das teorias da igualdade distributiva⁹⁴. A igualdade de recursos pressupõe políticas que dediquem, de forma igualitária, os recursos à vida de cada um, implicando o conceito de justiça no conceito de responsabilidade individual, de forma que:

[...] as pessoas devem ter à disposição os mesmos recursos externos, para deles fazerem o que puderem, dadas essas diversas características e talentos.
 [...] Se uma pessoa, graças a um esforço ou talento superior, emprega sua parcela equânime para criar mais do que outra, faz jus ao lucro, pois seus ganhos não ocorreram à custa de alguém que faça menos com sua própria parcela. (DWORKIN, 2005, p. 108).

Tal conceito pode levar à confusão entre igualdade de recursos e igualdade de oportunidades, porém deve-se diferenciar tais conceitos: o primeiro (igualdade de recursos) visa a garantir condições igualitárias de acesso a determinados bens econômicos, sociais e culturais, ao longo do tempo, já o segundo (igualdade de oportunidades) criaria uma situação de igualdade somente em um momento inicial (“linha de largada”)(DWORKIN, 2005, p. 111)⁹⁵, imperando, após esse momento inicial, o *laissez faire* e o livre jogo do mercado. O autor americano discorda da possibilidade de se materializar a igualdade possibilitando-se

⁹⁴ Dworkin, em seu *A virtude soberana* (2005, p. 04-05), trata de duas teorias de igualdade distributiva: a igualdade de recursos que, por ser a adotada pelo autor, será melhor detalhada no corpo do trabalho; e a igualdade de bem-estar, que procura igualar os indivíduos na medida do bem-estar, significando o grau de satisfação, ou prazer, ou realização que cada um retira de sua vida. O autor as diferencia se utilizando do exemplo do caso de um pai que possui cinco filhos, alguns com preferências mais dispendiosas e outros que optam por viver de forma humilde. De que forma este pai elaboraria seu testamento? Se observasse a igualdade de bem-estar, o dinheiro não seria dividido em frações iguais, mas sim visando à igualdade de bem-estar, logo, aquele que só se contenta com muito receberia mais do que aquele que optou por viver de forma humilde.

⁹⁵ O que percebemos, ao longo de nossa pesquisa, é que vários doutrinadores brasileiros, dentre eles Joaquim Barbosa Gomes, em seus diversos estudos utilizados na construção deste trabalho, utilizam a expressão “igualdade de oportunidades” no sentido de “igualdade de recursos” de Dworkin (2005). Portanto, é bom atentar ao fato de que, no Brasil, “igualdade de oportunidades”, em se tratando de ações afirmativas, normalmente, não se refere a uma posição de igualdade somente na “linha de largada”, mas às oportunidades que são dadas aos indivíduos ao longo de sua vida. (Tal assunto também será tratado quando da conceituação de ações afirmativas, no próximo capítulo).

uma situação igualitária somente em um dado momento. Porém, seu pensamento não deve ser interpretado como violador da liberdade, muito pelo contrário, a liberdade é reconhecida por Dworkin (2005) como um aspecto essencial da igualdade.

Sob a óptica da igualdade de recursos, liberdade e igualdade “expressam mutuamente aspectos de um único ideal humanista” (DWORKIN, 2005, p. 178), tendo em vista que a proteção igualitária das liberdades dos indivíduos consiste em tratá-los com a mesma consideração e respeito.

A teoria da igualdade dworkiana se apóia em dois princípios do individualismo ético para se desenvolver: o primeiro é o “princípio da igual importância”, segundo o qual toda vida humana merece ser bem sucedida; em outras palavras, que a vida humana “valha a pena”; o segundo é o da responsabilidade especial, que reconhece a responsabilidade da própria pessoa no seu êxito pessoal, em razão de suas escolhas feitas ao longo da vida (escolhas profissionais, de consumo, de estilo de vida, etc.).

A conformação de tais princípios com a teoria da igualdade de consideração se dá através da atuação estatal no seguinte sentido:

O primeiro princípio requer que o governo adote leis e políticas que garantam que o destino de seus cidadãos, contanto que o governo consiga atingir tal meta, não dependa de quem eles sejam – seu histórico econômico, sexo, raça ou determinado conjunto de especializações ou deficiências. O segundo princípio exige que o governo se empenhe, novamente se o conseguir, por tornar o destino dos cidadãos sensível às opções que fizeram. (DWORKIN, 2005, p. XVII).

Dworkin diferencia tratar as pessoas “como iguais” de “dar um tratamento igualitário às pessoas, com relação a uma ou outra mercadoria ou oportunidade” (DWORKIN, 2005, p. 03). E é esse tratamento geral “como igual” que se coaduna com a igualdade de recursos almejada pela teoria dworkiana, absorvida pela doutrina brasileira pelo Professor Marciano Seabra de Godoi (1999), para quem é ilusório e meramente retórico afirmar que o princípio da igualdade consiste em tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, uma vez que o difícil é justamente determinar quem são os iguais e quem são os desiguais. Além do que, esse brocardo considera somente o tratamento, mas não as conseqüências do tratamento.

Marciano Godoi define o princípio da igualdade como:

[...] tratar os indivíduos como iguais, no sentido de que todos os cidadãos que compõem determinada sociedade têm o mesmo valor intrínseco e merecem o mesmo respeito e consideração enquanto membros da comunidade. Este é o critério

fundamental, a partir do qual pode ser julgado se determinado *discrímén* violou ou não a igualdade. (GODOI, 1999, p.106).

Assim, há possibilidade de se analisarem discriminações justas e injustas e se questionar a legitimidade das ações afirmativas.

Habermas (1997), por seu turno, afirmando que, do ponto de vista normativo, não existe Estado de Direito se o mesmo não for democrático, entende como princípio da igualdade a possibilidade de todos os cidadãos participarem do discurso político. Assim, reconhece a fundamentalidade do princípio da igualdade quando formula de maneira abstrata as categorias de direitos que geram o código jurídico, relacionadas ao sujeito de direito, dentre as quais destaca: “Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo.” (HABERMAS, 1997, p. 159)⁹⁶.

A partir da *Teoria do Discurso*, embasado no princípio do discurso⁹⁷, o autor alemão reconhece como legítimas somente as regulamentações que respeitam a compatibilização “dos direitos de cada um com os iguais direitos de todos.” (HABERMAS, 1997, p. 160).

A inclusão das minorias, em Habermas, se torna possível a partir do reconhecimento da igualdade de participação de todos nos discursos políticos, pois, somente participando, as minorias poderão reivindicar em quais aspectos pretendem ver-se incluídas⁹⁸ e respeitada a pluralidade. Transportando essa teoria para o caso central deste estudo, poderíamos dizer que as ações afirmativas obterão legitimidade somente se contarem de forma efetiva com a participação dos negros, principais envolvidos, nas discussões políticas a esse respeito, significando mais uma vez que a igualdade não deve ser vista de forma homogeneizante, mas no sentido de que sejam respeitadas as diferenças.

⁹⁶ O Professor Marciano Godoi assim interpreta a visão da igualdade habermasiana: “[...] os cidadãos não devem necessariamente ser iguais na forma em que são tratados pelas normas, mas devem ser iguais nos direitos e na forma efetiva em que participam do processo de elaboração da norma.” (GODOI, 1999, p. 106).

⁹⁷ Segundo o princípio do discurso (D), somente são válidas aquelas normas de ação cujos destinatários são, ao mesmo tempo, seus co-autores, possibilitando, de forma discursiva, o exercício da autonomia política pelos cidadãos. Nas palavras de Jürgen Habermas o princípio do discurso é assim definido: “D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos morais.” (HABERMAS, 1997, p. 142).

⁹⁸ Habermas chega a esta conclusão a partir da análise da exclusão das mulheres e das reivindicações feministas por igualdade, sendo possível ampliar o pensamento do autor para todas as outras minorias: “[...] nenhuma regulamentação, por mais sensível que seja ao contexto, poderá concretizar *adequadamente* o direito igual a uma configuração autônoma da vida privada, se ela não fortalecer, ao mesmo tempo, a posição das mulheres na esfera pública política, promovendo a sua participação em comunicações políticas, nas quais é possível esclarecer os aspectos relevantes para uma posição de igualdade.” (HABERMAS, 1997, p. 169).

Algumas medidas podem ser adotadas no sentido de promover a inclusão, com respeito à diferença, respeitando os princípios do Estado Democrático de Direito. Habermas cita:

[...] a divisão federativa de poderes, uma delegação ou descentralização funcional e específica das competências do Estado, mas acima de tudo, a concessão de autonomia cultural, os direitos grupais específicos, as políticas de equiparação e outros arranjos que levem a uma efetiva proteção das minorias. (HABERMAS, 2002, p. 172).

Isso nos permite afirmar a compatibilidade das políticas de ações afirmativas com o pensamento habermasiano, podendo-se citar como exemplo da implementação de tais medidas, no Brasil, a criação pelo Estado de órgãos governamentais destinados a políticas para negros, em âmbito federal, por exemplo, a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial.

Os professores Marcelo Galuppo (2002) e Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2005) desenvolvem a doutrina procedimentalista habermasiana para a definição do princípio da igualdade no Estado Democrático de Direito, conceituando também o princípio da igualdade como a possibilidade igualitária de participação nos discursos jurídicos, no sentido de reconhecerem-se os destinatários das normas também como seus co-autores.

Galuppo também expressa o seu conceito do princípio da igualdade no sentido de respeito às diferenças, tendo em vista que só assim pode-se considerar uma sociedade pluralista como democrática, admitindo-se, ainda, a possibilidade de “uma aplicação aritmeticamente desigual do direito” (GALUPPO, 2002, p. 210) visando à inclusão, justificando, dessa forma, a adoção de ações afirmativas.

No mesmo sentido, Cruz se manifesta indissociando as idéias de pluralidade, dignidade, democracia e igualdade, também relacionando este último princípio com a possibilidade de participação e o respeito à diferença⁹⁹. *In verbis*:

A igualdade procedimental do período contemporâneo deve ser entendida como uma igualdade aritmeticamente inclusiva para viabilizar que um número crescente de cidadãos possa simetricamente participar da produção de políticas públicas do Estado e da sociedade. (CRUZ, 2005, p. 12).

⁹⁹ É importante que fique claro que diferença e desigualdade são conceitos distintos, conforme nos ensina Comparato: “As diferenças são biológicas ou culturais, e não implicam a superioridade de alguns em relação a outros. As desigualdades, ao contrário, são criações arbitrárias, que estabelecem uma relação de inferioridade de pessoas ou grupos em relação a outros. Assim, enquanto as desigualdades devem ser rigorosamente proscritas, em razão do princípio da isonomia, as diferenças devem ser respeitadas ou protegidas, conforme signifiquem uma deficiência natural ou uma riqueza cultural”. (COMPARATO, 2005, p. 190).

Interpretando a teoria de Habermas e priorizando o igual direito à participação, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2005) ressalta a importância de as minorias serem ouvidas para concretização do Estado Democrático de Direito e que tal procedimento não consiste em caridade, mas em uma exigência da própria democracia. E, refutando as críticas que defendem a inaplicabilidade da doutrina habermasiana à realidade brasileira, Cruz denuncia o elitismo do poder que finge escutar os excluídos, ou não os escuta com a justificativa de que os mesmos não teriam capacidades técnicas para emitir a sua opinião em questões políticas. O que não pode ser aceito como verdade, tendo em vista que os principais afetados por um problema são os mais aptos a reivindicar suas soluções.

O autor mineiro reconhece que tanto a exclusão quanto o paternalismo “acarretam prejuízos para a legitimidade da ação social, vez que ou ignoram ou abafam a existência do outro como legítimo interlocutor do processo democrático” (CRUZ, 2006, p. 115), o que coaduna com a interpretação da igualdade como o respeito à diferença, visto que uma postura excludente implica o tratamento desigual dos cidadãos e uma postura paternalista implica o tratamento homogeneizante dos cidadãos¹⁰⁰.

Joaquim Barbosa Gomes (2001) também reconhece a mudança na visão do princípio da igualdade no Estado Democrático de Direito, defendendo a militância estatal no sentido de atenuação das desigualdades geradas pelo Estado Liberal, cuja neutralidade estatal se mostrou insuficiente para realização dos direitos fundamentais¹⁰¹.

A partir das teorias estudadas pode-se entender o princípio da igualdade, a partir de uma síntese das mesmas e considerando o contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito, como o reconhecimento e tratamento com igual dignidade (consideração e respeito) a todos os cidadãos, com respeito aos direitos fundamentais, de forma a possibilitar que os mesmos participem da vida política e jurídica da sociedade, com plena consciência de que são partes fundamentais desta.

¹⁰⁰ O que, segundo Cruz, fortaleceria a criação de estereótipos de identidade, assim ilustrados: “Dentre os exemplos possíveis, tem-se a alegação da incapacidade do analfabeto de participar de debates acerca de questões orçamentárias, simplesmente porque não teria um cabedal de conhecimentos técnicos suficientes. Mas, será que ele não saberia dizer quais suas necessidade mais prementes? **Ou que o negro não possa se integrar em igualdade de condições sem uma política temporária de cotas.** Em verdade, tais políticas redistributivistas podem ser aplicadas, desde que afastada a perspectiva paternalista, pois, caso contrário as mesmas se tornariam mecanismos de perfunctória, projetos ‘politicamente corretos’ que agradam parcela significativa da opinião pública e que não trazem nenhum benefício concreto para a sociedade.” (CRUZ, 2006, p.115-116, grifo nosso).

¹⁰¹ Joaquim B. Barbosa Gomes é um dos maiores defensores e teóricos das ações afirmativas e à sua doutrina será dado maior destaque em tópico específico.

2.2.3 O princípio da igualdade na evolução constitucional brasileira – da Constituição do Império à Constituição da República de 1988

Tendo em vista a evolução do princípio da igualdade e considerando o seu conceito no paradigma do Estado Democrático de Direito, se faz necessário o estudo do mesmo na Constituição da República de 1988, de forma a verificar a compatibilidade das ações afirmativas com os dispositivos constitucionais que tratam da igualdade. Antes, porém, a análise da igualdade na evolução constitucional brasileira se faz conveniente.

Seguindo modelos exteriores, a Constituição do Império, outorgada em 1824, é expressão do paradigma do Estado Liberal no Brasil, embora com resquícios absolutistas, como a criação do Poder Moderador, exercido pelo Imperador¹⁰². Sua previsão de igualdade era meramente formal: “Art. 179, XIII: A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.” Contudo, na prática a igualdade era praticamente inexistente, conforme noticia Sampaio: “[...] não se tinha igualdade nem perante a lei, nem em sua aplicação.” (SAMPAIO, 2004, p. 324). Isso tendo em vista que a lei era a vontade da elite que elegia, por meio do voto censitário, os deputados¹⁰³. A Constituição Imperial admitia a escravidão¹⁰⁴, embora o movimento abolicionista viesse se intensificando àquela época¹⁰⁵.

As revoltas contra o Poder Moderador, impulsionadas pelo Positivismo, acarretaram a queda da Monarquia e a instauração da República, quando se consolidaram as oligarquias rurais, com política moldada pela Constituição de 1891, que expande o direito de voto (mas

¹⁰² Bonavides (2004, p. 106) conceitua tal paradoxo da Constituição de 1824 com a expressão “constitucionalização do absolutismo”.

¹⁰³ “De todas as constituições brasileiras, a do Império, instituindo o sufrágio restrito, foi a que mais ostensivamente patenteou, entre nós, a dimensão classista do Estado liberal” (BONAVIDES, 2004, p. 107). O sistema eleitoral brasileiro da Constituição Imperial encontra-se nos seus artigos 90 a 97, valendo destacar a previsão de eleições indiretas bem como a inadmissão de que os escravos libertos fossem eleitores.

¹⁰⁴ Neste sentido, o artigo 6º, I, da Constituição do Império, que não reconhecia os escravos como cidadãos brasileiros. Afirma Luís Carlos Martins: “Só eram indivíduos os não negros e se negros fossem, se estivessem libertos. Ao negro foi negada a personalidade humana, ou seja, a possibilidade de adquirir direitos e contrair obrigações, de modo que nem proprietários de si mesmos o eram. Foi uma mancha para o País e para o ideário liberal. Mas o liberalismo vigente no Império foi para poucos.” (ALVES JÚNIOR, 2004, p. 129).

¹⁰⁵ É importante lembrar que os sentimentos que impulsionavam os abolicionistas nem sempre eram os mais nobres, humanitários, desejosos de uma sociedade igualitária, mas com vistas a transformações no campo econômico, conforme Sampaio: “Há, no Reinado, o movimento abolicionista e o Manifesto Republicano. O primeiro põe o dedo na ferida de nosso ‘liberalismo oligárquico’, ainda que focado mais em razões de política nacional (desenvolvimento do mercado de trabalho, das classes sociais e da economia) do que em postulados da igual liberdade individual que levou à abolição da escravatura em 1888.” (SAMPAIO, 2004, p. 328).

não para as mulheres), embora o mesmo tenha sido manipulado pelo coronelismo (tendo em vista que o voto não era secreto, comandado pelas oligarquias rurais, com ameaças, fraudes e a obrigatoriedade do voto na pessoa indicada pelo coronel – o chamado “voto de cabestro”).

A igualdade formal é ampliada pelo artigo 172, § 2º, da Constituição de 1891:

Art. 172, § 2º - Todos são iguais perante a lei.

A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

Abertura maior à igualdade se dá com a Constituição de 1934, na qual é previsto, pela primeira vez na Constituição brasileira, o voto feminino¹⁰⁶. Influenciada pela Constituição de Weimar, a Constituição Republicana de 1934 é reconhecida como a tentativa de introdução do Estado Social no Brasil, onde nunca houvera a previsão constitucional de direitos econômicos e sociais¹⁰⁷.

A igualdade é prevista com proibição de distinção por motivo de raça, artigo 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 idéias políticas”.

A Constituição de 1934 teve vida curta, vigorando até a outorga da Constituição de 1937, que consolida a ditadura Vargas, influenciada pelos estados fascistas e totalitários europeus.

A Constituição do Estado Novo dispunha sobre a igualdade no artigo 122, 1º, como “todos são iguais perante a lei”, ou seja, previa a igualdade formal, mantida também pela Constituição de 1946 (artigo 141, 1º). Luís Carlos Martins Alves Júnior (2004) destaca o aumento da desigualdade social durante a vigência da Constituição de 1946, em razão do fracasso das políticas socioeconômicas do período.

Embora instauradora da Ditadura Militar, período no qual os direitos fundamentais são ignorados, sobretudo, os de liberdade, a letra da Constituição de 1967 inclui uma novidade no tocante à questão racial, ao prever, no artigo 150, §1º: “§ 1º - Todos são iguais perante a lei,

¹⁰⁶ Conforme os artigos 108 e 109 da Constituição de 1934, podiam se alistar como eleitores brasileiros de um ou outro sexo maiores de 18 anos, sendo o voto obrigatório para os homens e mulheres que exercessem função pública remunerada.

¹⁰⁷ “Era o Estado avocando a solução dos conflitos de natureza social que até então eram tratados como simples questões contratuais, e deixados livres e nome da autonomia da vontade e da liberdade contratual que todos tinham o direito de exercitar, uma falácia do liberalismo econômico.” (ALVES JÚNIOR, 2004, p. 206).

sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. **O preconceito de raça será punido pela lei.**” (grifo nosso).

Pela primeira vez, foi vista em uma Constituição brasileira a possibilidade de punição em virtude de preconceito, o que já implica um reconhecimento pelo próprio Estado da existência de discriminação, embora a lei que regule os crimes resultantes de preconceito tenha surgido somente em 1989.

O abandono dos direitos fundamentais no período ditatorial é conhecido por todos (censuras, repressões, torturas, etc.), o que impulsionava os protestos em favor da democratização, consolidada em 1988, quando foi promulgada, em 05 de outubro, a atual Constituição da República Federativa do Brasil, na qual há a declaração de constituir a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito.

A interpretação constitucional, principalmente no que tange à igualdade, deve pautar-se pelos princípios e características do paradigma do Estado Democrático de Direito, embora as teorias acerca deste estejam em constante evolução¹⁰⁸.

Conforme visto acima, o princípio da igualdade é fundamental para a cidadania e a efetividade do Estado Democrático de Direito, por isso, é amplamente tratado ao longo de todo o texto constitucional. E, de acordo com o pensamento habermasiano, de abertura do discurso político a todos os cidadãos de forma que os destinatários das normas sejam, ao mesmo tempo, seus co-autores, o princípio da igualdade se faz indispensável na concretização da democracia. Uma sociedade em que há exclusão social não pode se reconhecer como democrática¹⁰⁹.

No preâmbulo da Constituição, tem-se a igualdade como valor supremo “de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, o que já demonstra a intenção constitucional de proibição de discriminação.

¹⁰⁸ Luís Carlos Martins Alves Júnior, ao caracterizar a Constituição Republicana de 1988, afirma: “No plano geral, a atual Constituição da República perfilhou o mesmo caminho dos diplomas constitucionais anteriores e manteve ao lado de princípios próprios do liberalismo as conquistas do constitucionalismo social. Nada obstante, avançou nesses aspectos, uma vez que fortaleceu os canais participativos da sociedade e da cidadania, deixando de tutelar a sociedade e de tratá-la como cliente da prestação de seus serviços para uma dimensão colaboracionista entre a sociedade e o Estado.” (ALVES JÚNIOR, 2004, P. 383). Segundo o autor (2004, p. 433), o paradigma do Estado Democrático de Direito se expressa na Constituição de 1988 pela conclamação da parceria entre Estado e sociedade para a realização da democracia e da cidadania.

¹⁰⁹ “Sem que a dignidade de cada um e de todos se faça respeitar na sociedade a cidadania capenga, porque carente do elemento próprio ao ser em sua própria condição humana. Sem a cidadania exercida ativa e solidariamente a dignidade se acanha, porque ausente do seu desdobramento político inerente à liberdade para a qual flui e na qual se aperfeiçoa. Por isso, o fenômeno denominado de ‘exclusão social’ transgride a ordem jurídica, transgride o Direito e fere o sentimento de Justiça e o sentido que ele adota na base do ordenamento jurídico posto pelo Estado à universalidade dos homens. Por exclusão social entende-se a situação que deixa à margem do processo político, social participativo, econômico e, portanto, das garantias fundamentais uma pessoa ou grupo social.” (ROCHA, 1999, p.21).

Prevista no artigo 1º, III, da Constituição da República, como fundamento, a dignidade humana carrega implicitamente no seu conceito a igualdade, considerando que dignidade é o respeito, devido pelo Estado e pela sociedade, que todas as pessoas merecem pelo simples fato de serem humanos.

Nos incisos III e IV, do artigo 3º, encontramos a igualdade transformada em objetivo fundamental da República Federativa do Brasil:

Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
 III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
 IV- promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Como objetivo fundamental, o Estado deve perseguir a sua concretização, o que nos permite afirmar que se coadunam as ações afirmativas com os objetivos constitucionais, tendo em vista que a redução das desigualdades, bem como a promoção do bem de todos são deveres previstos na Constituição¹¹⁰. A igualdade encontra a sua expressão material neste artigo.

A igualdade também é prevista expressamente entre os direitos e garantias fundamentais:

Art. 5º. 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 [...]. (grifo nosso)

Aqui, são previstas a igualdade formal e a igualdade substancial, o que nos permite concluir que no Estado Democrático de Direito tanto uma quanto a outra recebem a mesma importância¹¹¹. Porém, acompanhando as idéias do paradigma do Estado Democrático de Direito, a interpretação tanto de uma quanto de outra deve ser influenciada pela releitura dos principais direitos garantidos nos paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social, levando-

¹¹⁰ A legitimidade, legalidade e constitucionalidade das ações afirmativas serão tratadas no próximo capítulo.

¹¹¹ Oscar Vilhena Vieira (2006) entende que a dupla aparição da igualdade no artigo 5º da Constituição de 1988 (“todos são iguais perante a lei” [...] “garantindo-se a inviolabilidade do direito [...] à igualdade”) visa à assegurar que tanto a igualdade formal quanto a igualdade material sejam protegidos constitucionalmente. À primeira, de matriz liberal, o autor chama “igualdade como imparcialidade” (VIEIRA, 2006, p. 287); à segunda, de cunho social, o autor denomina “igualdade distributiva” (VIEIRA, 2006, p. 287), sendo que reconhece que, nem sempre, a convivência entre ambas é pacífica.

se em conta, principalmente, que a nova interpretação da igualdade privilegia o respeito às diferenças¹¹².

A respeito dessa nova interpretação, também se manifesta a professora Carmen Lúcia Antunes Rocha:

Nenhum de nós quer olhar o artigo 5º da Constituição Federal, *caput*, e dizer que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, significando que os trataremos unanimemente. A pessoa que for portadora de uma diferença significativa, que seja objetivamente comprovada e que precise de um tratamento diferenciado para que possa igualar-se aos demais, tenha igualdade de oportunidades, deve ser tratada considerando-se essa diferença. Esse é o princípio da igualdade que sempre esteve contido na constituição brasileira, desde a primeira. (ROCHA, 1999, p.85).

Considerando a idéia de igualdade distributiva prevista na Constituição da República de 1988, levando-se em conta o pluralismo da sociedade brasileira, devem-se encontrar formas de realizar esta igualdade, tendo em vista, conforme afirma Oscar Vilhena Vieira (2006), que os mecanismos até agora utilizados para distribuição dos recursos têm se mostrado insuficientes, dado o grau de desigualdade da nossa sociedade.

Em face da relevância do Judiciário para decidir as questões mais caras à sociedade, traçando o Supremo Tribunal Federal os rumos conforme os quais os princípios e direitos constitucionais serão interpretados, merece destaque o recente entendimento deste tribunal acerca do princípio da igualdade. A impetrante do Mandado de Segurança nº 26.690/DF questionou a impossibilidade de efetuar a sua inscrição definitiva em concurso para o cargo de procuradora da República, tendo em vista não possuir três anos de atividade jurídica, conforme previsto no artigo 129, §3º, CF, embora exercesse o cargo de promotora de justiça de Ministério Público Estadual.

O STF, reconhecendo ser a situação da impetrante uma exceção, concedeu a segurança, fundamentando-se no seguinte entendimento acerca da igualdade:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/04. AUSÊNCIA DE REGRAS DE TRANSIÇÃO DESTINADAS A SOLUCIONAR SITUAÇÕES LÍMITROFES NÃO ABRANGIDAS PELOS NOVOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. INGRESSO NA CARREIRA. INSCRIÇÃO

¹¹² “Essa nova concepção, ainda tão recente, apresenta duas metas básicas, que visam à implementação do direito à igualdade. São elas: o combate à discriminação e a promoção da igualdade. Na ótica contemporânea, a concretização do direito à igualdade implica na implementação dessas duas estratégias, que não podem ser dissociadas. Isto é, hoje o combate à discriminação torna-se insuficiente se não se verificam medidas voltadas à promoção da igualdade. Por sua vez, a promoção da igualdade, por si só, mostra-se insuficiente se não se verificam políticas de combate à discriminação”. (PIOVESAN, 2003, p. 196).

DEFINITIVA NO CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA QUE, EMBORA NÃO POSSUÍSSE OS TRÊS ANOS DE ATIVIDADE JURÍDICA EXIGIDOS PELO ART. 129, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO, ERA PROMOTORA DE JUSTIÇA DE MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO. PRINCÍPIO DA UNIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO [ART. 128, I e II, DA CB/88]. PRINCÍPIO DA IGUALDADE [ART. 5º DA CB/88]. A IGUALDADE CONSISTE EM TRATAR-SE DESIGUALMENTE OS DESIGUAIS. ORDEM DEFERIDA. 1. A ausência de regras de transição para disciplinar situações fáticas não abrangidas pelo novo regime jurídico instituído por emenda constitucional demanda a análise de cada caso concreto à luz do direito enquanto totalidade. 2. O Ministério Público nacional é uno [art. 128, I e II, da Constituição do Brasil], compondo-se do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos dos Estados. 3. No exercício das atribuições previstas nos artigos 109, § 3º da Constituição e 78 e 79 da LC n. 75/93, o Ministério Público estadual cumpre papel do Ministério Público Federal. 4. A circunstância de a impetrante, Promotora de Justiça no Estado do Paraná, exercer funções delegadas do Ministério Público Federal e concomitantemente ser tida como inapta para habilitar-se em concurso público para o provimento de cargos de Procurador da República é expressiva de contradição injustificável. Trata-se, no caso, de situação de exceção, típica de transição de um regime jurídico a outro, em razão de alteração no texto da Constituição. **5. A igualdade, desde Platão e Aristóteles, consiste em tratar-se de modo desigual os desiguais.** Prestigia-se a igualdade, no sentido mencionado quando, no exame de prévia atividade jurídica em concurso público para ingresso no Ministério Público Federal, dá-se tratamento distinto àqueles que já integram o Ministério Público. Segurança concedida. (BRASIL, STF, MS 26690, Rel. Ministro Eros Grau, 2008, grifo nosso).

Conforme visto no tópico 2.2.2 - *Concepções contemporâneas do princípio da Igualdade – a visão do constitucionalismo brasileiro à luz das teorias de Ronald Dworkin e Jürgen Habermas*, para o Professor Marciano Seabra de Godoi (1999), a máxima de que a igualdade significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, em vez de resolver, simplesmente coloca o problema, que possui um aspecto ideológico:

A questão jurídico-ideológica diz respeito à relação complexa entre duas dimensões do princípio da igualdade: o sentido *negativo*, de liberdade individual *abstrata*, dirigido a exigência de omissões de atos estatais discriminatórios dos direitos *civis e políticos* dos cidadãos; e o sentido *positivo*, de criação *concreta* de igualdade social, dirigido a exigência de *atuações* estatais destinadas a desbastar as desigualdades *econômicas* de modo a propiciar o florescimento de liberdades concretas, e de diferenças individuais autênticas e legítimas, pois advindas das personalidades e não das circunstâncias. (GODOI, 1999, p. 162)

Fundamentando-se em Dworkin e analisando o conteúdo constitucional da igualdade, Godoi o entende tanto como regra quanto como princípio.

A igualdade, quando se apresenta no sentido formal, por exemplo, o *caput* do artigo 5º da CF (“Todos são iguais perante a lei...”), tem caráter de regra, significando dizer que “todos tem o mesmo valor enquanto cidadãos” (GODOI, 1999, p.163). Dessa forma: “Tratar os indivíduos como iguais não implica necessariamente conceder-lhes o mesmo tratamento,

muitas vezes implica conceder-lhes tratamento diferenciado exatamente por reconhecer-lhes o mesmo valor” (GODOI, 1999, p.163).

Assim, é impossível que se afaste tal regra de tratamento dos indivíduos “como iguais” (o que é diverso de tratar os indivíduos “igualmente”, num sentido de homogeneização do tratamento), tendo em vista que o seu desrespeito é uma afronta aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Marciano Seabra de Godoi também reconhece a igualdade como princípio na medida em que se apresentam os casos concretos, quando verificar-se-á, “à luz de argumentos racionais desenvolvidos pelas partes interessadas” (GODOI, 1999, p. 165) se a regra da igualdade foi desrespeitada, possibilitando-se, assim, a formulação de novos conceitos de igualdade, em virtude do caráter aberto e dinâmico da Constituição, devendo-se observar os vários dispositivos constitucionais brasileiros que norteiam a interpretação da igualdade, de forma a equilibrar a igualdade de fato e a igualdade de direito.

Dessa forma, o autor (1999) afirma que a igualdade prevista na Constituição Brasileira não tem sentido tão aberto quanto o da Constituição Americana, uma vez que não se contenta com a sua interpretação no sentido meramente proibitivo (proibição de tratamento dos indivíduos de maneira desigual). A Constituição de 1988 prevê a igualdade com a imposição ao Estado do dever de promoção de políticas para materializar a igualdade.

Rechaçando novamente a aplicação irrefletida e ingênua da concepção aristotélica da igualdade, Godoi reconhece a legitimidade e necessidade da igualdade de fato no paradigma do Estado Democrático de Direito, coadunando a sua concepção com a constitucionalidade das ações afirmativas:

[...] a igualdade de fato é legítima e mesmo necessária ao Estado Democrático de Direito sempre que se coloque como eliminadora de desigualdades moralmente arbitrarias, que negam o direito de todos os cidadãos a um mesmo ponto de partida social, a um mesmo direito de desfrutar dos bens culturais e sociais disponíveis, sempe lembrando que a busca da igualdade fática deve privilegiar tanto a autonomia pública quanto a autonomia privada dos cidadãos, como ressalta Habermas ao mencionar a passagem do Estado Social para o Estado Democrático de Direito. A igualdade de fato deixa de ser justificada quando busca uma artificial “igualdade de resultados”, nivelando diferenças legítimas e que decorrem de diversas personalidades, diversas ambições e diversos valores de vida apresentados por cada indivíduo. (GODOI, 1999, p. 169).

Merece destaque também a preocupação constitucional com a igualdade racial, ao transformar o racismo em crime inafiançável e imprescritível (Art. 5º, XLII, da CF/1988).

O estudo realizado acima permite concluir que a evolução constitucional brasileira caminhou no sentido evolutivo dos paradigmas do direito, modificando, assim, a concepção da igualdade nas diversas fases do constitucionalismo brasileiro: de uma visão simplesmente formal ao reconhecimento e empenho para a concretização da igualdade substancial, tendo como ponto elementar a observância das diferenças.

Tendo em vista os artigos constitucionais acima estudados e os princípios do Estado Democrático de Direito, levando-se em consideração a nova concepção de igualdade, fundamentada pelo respeito às diferenças, analisar-se-á a constitucionalidade das ações afirmativas, bem como a necessidade de implantação das mesmas com vistas à concretização do princípio da igualdade.

3. AS AÇÕES AFIRMATIVAS

3.1 Origem

As ações afirmativas originaram-se nos Estados Unidos por construção do Executivo (com utilização da expressão “*affirmative action*”, pela primeira vez, em 1961, em uma *executive order* do Presidente John Kennedy), Legislativo (emendas constitucionais e outras regulamentações) e Judiciário (construções jurisprudenciais). Para que se entenda a origem das ações afirmativas, faz-se necessário um breve estudo da história dos negros nos Estados Unidos, pois as ações são frutos de lutas históricas que se iniciam quando da colonização norte-americana.

A escravidão foi instituída nos Estados Unidos para atender à demanda de mão-de-obra na produção do algodão, exportado para a Europa, nas colônias do Sul. Embora o movimento abolicionista fosse forte, não era o suficiente para impedir decisões conservadoras, como o caso *Dred Scott* (1856)¹¹³, mas contribuiu, juntamente com a eleição do Presidente Abraham Lincoln, para a eclosão da Guerra de Secessão, quando se chocam as forças políticas dos estados do Norte (abolicionistas) e do Sul (escravistas), isso porque os estados escravistas visavam à separação dos estados do norte e à formação de outro país.

A abolição da escravidão nos Estados Unidos veio a ocorrer definitivamente em 1865, com a promulgação da 13ª Emenda, a qual proibia a escravidão ou trabalhos forçados, o que, na prática, não trouxe a efetiva emancipação dos negros, que continuaram a ter direitos fundamentais tolhidos, como, por exemplo, não tendo direito a voto. Também persistia a edição de leis segregacionistas, conhecidas como “*Jim Crow Laws*” e foi criada a organização racista Ku Klux Klan, na cidade de Pulaski, no estado do Tennessee, em 1866, que pregava o ódio racial aos negros e a prática de violência.

O Judiciário americano, mesmo após a abolição da escravidão, aceitou o segregacionismo racial americano com a decisão no caso *Plessy v. Ferguson* 163 U.S 537 (1896): Homer Plessy apela da decisão do juiz criminal John H. Ferguson que o apenou por

¹¹³ *Dred Scott v. Sandford* 60 U.S 393 (1856): O escravo Dred Scott ingressa na justiça pleiteando a sua liberdade, tendo em vista ter residido em territórios americanos nos quais a escravidão era ilegal. A Suprema Corte denega o pedido de Scott com a justificativa de que o mesmo, por ser negro, não era cidadão norte-americano. (FIND LAW, 2008).

ter se negado a se retirar de um vagão de trem destinado a passageiros brancos, alegando que somente 1/8 de seu sangue era africano, razão pela qual teria direito a se utilizar dos vagões destinados aos brancos. O fundamento da apelação de Plessy baseava-se na inconstitucionalidade da lei segregacionista do estado da Lousiana, em face da 13ª e 14ª Emendas¹¹⁴, sendo esta última instituidora do princípio da igualdade no Direito americano. A lei discutida estabelecia que as empresas fornecedoras de transportes ferroviário deveriam fornecer as mesmas acomodações aos brancos e aos negros, porém tais acomodações deveriam ser separadas.

A Suprema Corte reconheceu a referida lei como constitucional, fundamentando-se no fato de que a mesma não ofendia a 13ª Emenda, uma vez que não restabelecia a escravidão; também considerou que a lei não era inconstitucional, uma vez que a mesma não ofendia a 14ª Emenda, por não desprezitar nenhuma das raças. Tal decisão instituiu a doutrina “*separate but equal*”¹¹⁵, que justificou a segregação racial americana durante vários anos seguintes, até ser derrubada pelo caso *Brown v. Board of Education*, em 1954.

A decisão de *Plessy v. Ferguson* é considerada como um erro monumental na história do Judiciário americano, porém a Suprema Corte Americana se redime na decisão de *Brown v. Board of Education* 347 U.S 483 (1954), decisão considerada por vários autores, dentre eles Cruz (2005), como marco jurisprudencial das ações afirmativas, pois houve o reconhecimento pela Corte de que a segregação entre negros e brancos nas escolas públicas denega aos negros a igualdade de oportunidades estatuída na 14ª Emenda.

Vários movimentos insurgiram-se contra a segregação, sendo o mais influente o Movimento pelos Direitos Civis (*American Civil Rights Movement*), marcado pelo movimento pacifista de desobediência civil iniciado por Martin Luther King (1929-1968), em meados dos anos 1950.

Uma das manifestações fora motivada pelo incidente “*Rosa Parks*”: segundo as leis segregacionistas, quando um negro estivesse sentado em um dos bancos de um ônibus e um branco embarcasse, o negro teria que se levantar do assento, cedendo o seu lugar ao branco.

¹¹⁴ Como visto acima, a 13ª Emenda proibiu a escravidão nos Estados Unidos. A 14ª Emenda instituiu o princípio da igualdade naquele país estabelecendo que: “Emenda XIV. 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.” (MENEZES, 2001, p. 158).

¹¹⁵ Segundo a doutrina “*separate but equal*”, “a segregação racial seria admitida na prestação de serviços ou como critério genérico de tratamento, desde que os aludidos tratamentos ou serviços fossem ofertados, dentro de um mesmo padrão, para todas as raças. Em outras palavras, o que não se permitia é que a segregação servisse de pretexto para se excluir uma ou mais raças de algum serviço ou direito assegurado às demais.” (MENEZES, 2001, p. 74).

Em 1955, a costureira negra Rosa Parks se recusou a fazê-lo e foi presa. A comunidade negra, com o apoio de Luther King, decidiu boicotar os serviços de ônibus. O boicote obteve êxito durante meses, até que a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de leis e regulamentos que impusessem a segregação nos ônibus, representando um forte golpe às leis *Jim Crow* e reforçando o movimento negro, o ativismo e a liderança de Martin Luther King na luta pelos direitos civis nos Estados Unidos¹¹⁶.

A partir das lutas dessegregacionistas, várias outras ações foram tomadas em prol dos negros e visando ao fim da discriminação racial, estando, pois, nesses movimentos a origem das reivindicações por ações afirmativas.

A expressão “ações afirmativas” passou a ser utilizada a partir da *Executive Order* n. 10.925 (1961), promulgada pelo presidente John F. Kennedy. Esta ordem fora motivada pela recusa na admissão de dois estudantes negros, devidamente qualificados, na Universidade do Alabama. Os estudantes apelaram à corte federal e foram admitidos, adentrando a Universidade sob escolta da guarda federal. Edita, então, o presidente americano a *Executive Order* 10.925 (1961), contendo na Seção 301 a expressão “ação afirmativa”, visando à redução das desigualdades raciais, tanto no mercado de trabalho, quanto na educação, *in verbis*:

(1) O empregador não discriminará a nenhum empregado ou pretendente ao emprego por motivo da raça, do credo, da cor, ou da origem nacional. O empregador se utilizará de **ação afirmativa** para garantir que os pretendentes sejam empregados, e que os empregados sejam tratados durante o emprego, sem que se julgue a sua raça, credo, cor, ou origem nacional [...]. (UNIVERSITY OF MICHIGAN LIBRARY, 2008, tradução nossa, grifo nosso).¹¹⁷

O mesmo caminho é seguido pelo Presidente Lyndon B. Johnson que, em 1965, promulga a *Executive Order* 11.246 (1965), visando à igualdade de oportunidades de emprego e proibindo qualquer tipo de discriminação.

As ações afirmativas ganham força com a aprovação do *Civil Rights Act* (1964), que vem regulamentar a igualdade prevista na 14ª Emenda. O título II do referido ato condena

¹¹⁶ Movimento negro de suma importância para fortificação da auto-estima negra (Movimento *Black is Beautiful*), luta e conquista de direitos (*Civil Rights Movement*) foi o Movimento *Black Power*, surgido no final dos anos 1950, início dos anos 1960, quando a manifestação artística negra ganha feição de manifesto por direitos iguais e denuncia a discriminação racial. Um dos melhores exemplos da manifestação do movimento *Black Power* na música é “*Say it loud – I’m Black and I’m Proud*” (BROWN, 1968) (“Diga isto alto – Eu sou negro e estou orgulhoso”) (tradução nossa), de James Brown.

¹¹⁷ (1) The contractor will not discriminate against any employee or applicant for employment because of race, creed, color, or national origin. The contractor will take **affirmative action** to ensure that applicants are employed, and that employees are treated during employment, without regard to their race, creed, color, or national origin.[...].

qualquer tipo de segregação, bem como a separação e impossibilidade de acesso aos locais públicos em razão da raça, cor, religião ou origem. Também é previsto no Ato a igualdade de oportunidades na educação (Título VI) e no trabalho (Título VII), proibindo-se também a segregação quanto às razões acima.

Grande parte das normas do Estatuto dos Direitos Civis norte-americano gira em torno das chamadas “*spending clauses*”, que permitem ao Governo a exigência de implementação de programas para erradicação da desigualdade racial quando da distribuição de recursos do orçamento público em contratações e aquisições.

O conjunto normativo formado pelo Estatuto dos Direitos Civis, juntamente com a 13^a, 14^a e 15^a Emendas¹¹⁸, se mostrou uma poderosa arma de combate à discriminação racial, com previsões de punição contra os atos discriminatórios.

Joaquim B. Barbosa Gomes (2001) explica que as ações afirmativas surgiram com o objetivo de que cada grupo social fosse representado nas mais diversas áreas: educação, trabalho, etc. Posteriormente, a idéia fundante das ações afirmativas foi a de se alcançar a igualdade de oportunidades, com o estabelecimento de cotas rígidas para possibilitar o acesso dos negros a essas áreas¹¹⁹. A partir de então, várias ações afirmativas foram implementadas em várias universidades americanas¹²⁰ com fins de inclusão das minorias, o que ainda movimentava discussões acerca da legitimidade das mesmas, o que será tratado nesta dissertação, em tópico próprio. O que se deve reconhecer é o pioneirismo norte-americano na instituição das ações afirmativas nas décadas de 1950 e 1960¹²¹.

Mesmo após anos de instituição, as ações afirmativas ainda fomentam muitos debates e controvérsias nos Estados Unidos, encontrando-se tais ações ameaçadas, sob o fundamento de que, por terem surgido como programas temporários para inclusão, as mesmas já melhoraram significativamente a vida dos historicamente excluídos, não havendo mais motivos para continuarem em vigor. De outro lado, os defensores das ações afirmativas

¹¹⁸ Esta última prevê o direito de voto a todos os cidadãos norte-americanos, proibindo a negação deste por qualquer Estado, inclusive em razão da raça ou cor.

¹¹⁹ Aqui o autor (Gomes, 2001) aproveita para criticar os autores brasileiros que restringem as ações afirmativas às políticas de cotas, informando também sobre a postura americana contra o estabelecimento de cotas rígidas, com critério aleatório (ex. nesta universidade 10 vagas serão destinadas a negros, sem um estudo populacional de proporção entre os negros da sociedade e a representatividade social na universidade) e critica os projetos de leis brasileiros que estão seguindo este caminho.

¹²⁰ A título de exemplo de universidades americanas que adotam ações afirmativas: as universidades da Flórida, Califórnia, Michigan, Georgetown, dentre outras.

¹²¹ Merece destaque o fato de pouco mais de 50 anos após a inovadora *Brown v. Board of Education*, assistiu-se à eleição de Barack Obama para a Presidência dos Estados Unidos, em 04 de novembro de 2008, se tornando o primeiro negro a alcançar o cargo mais alto do Poder Executivo norte-americano.

alegam persistir a necessidade das mesmas, por haver ainda aspectos a melhorar, segundo nos noticia Gomes (2003).

3.2 Conceito

Ações afirmativas¹²² são providências públicas ou privadas, de caráter obrigatório ou voluntário, para promoção da cidadania e inclusão social, servindo, portanto, para efetivar o Estado Democrático de Direito e o princípio da igualdade, visto este como efetiva igualdade de oportunidades, chances, consideração, respeito e participação nos debates políticos. Visa à eliminação das desigualdades sociais que excluam ou inferiorizem determinados grupos sociais (considerados minorias)¹²³, como por exemplo, desigualdades em razão da raça, gênero, orientação sexual, deficiência física ou mental, indígenas, etc., considerando-se o pluralismo e a heterogeneidade das sociedades modernas.

Vários outros autores conceituam ações afirmativas, valendo citar o conceito fornecido por Álvaro Ricardo de Souza Cruz, para quem as ações afirmativas consistem no tratamento diferenciado de alguns grupos ou indivíduos, implicando uma discriminação lícita:

As ações afirmativas podem ser entendidas como medidas públicas e privadas, coercitivas ou voluntárias, implementadas na promoção/integração de indivíduos e grupos sociais tradicionalmente discriminados em função de sua origem, raça, sexo, opção sexual, idade, religião, patologia física/psicológica, etc. (CRUZ, 2005, p. 195).

O conceito formulado por Joaquim Barbosa Gomes também é fundamental para o estudo do instituto, tendo em vista ser este um dos maiores pesquisadores de ações afirmativas do Brasil:

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário,

¹²² Nos Estados Unidos, “*affirmative action*”; na Europa, “*discrimination positive*” ou “*action positive*” (expressões em inglês e francês, respectivamente). (GOMES, 2003b).

¹²³ Paulo Lucena de Menezes discorda da utilização do termo “minorias”, tendo em vista que “a ação afirmativa não equivale a um *direito de minorias*, pois as desigualdades sociais que são combatidas por meio dela não estão obrigatoriamente relacionadas à situação numericamente desvantajosa do grupo favorecido”. (MENEZES, 2001, p. 34). Opta-se pela utilização do termo “minorias” em seu sentido antropológico, e não numérico, relacionando-se o termo a grupos sociais historicamente excluídos, que não gozam da mesma situação de igualdade do grupo dominante (homem, branco, sem deficiências físicas ou mentais, heterossexual).

concebidas com vistas à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidos 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. (GOMES, 2003a, p.27).

Deve-se destacar que, pelo conjunto da obra do autor supracitado, principalmente no que tange ao seu combate veemente à neutralidade estatal, a igualdade de oportunidades a que o mesmo se refere não expressa a posição que Dworkin (2005) critica e chama de igualdade do momento inicial (“linha de largada”). Pelo contrário, Gomes adere à igualdade de recursos também defendida por Dworkin, ou seja, as ações afirmativas visam a uma equidade constante no acesso a bens sociais, culturais e econômicos. O que se nota é que, na doutrina brasileira, quando os autores se utilizam da expressão “igualdade de oportunidades”, referem-se à igualdade de recursos, ou seja, à manutenção de possibilidades para que todos os indivíduos se insiram na sociedade com a mesma dignidade e o mesmo respeito.

É importante registrar que as ações afirmativas não se restringem à política de cotas, podendo se revestir de várias formas, como por exemplo, a concessão de isenções fiscais aos que cumprem com seus objetivos, dentre outras medidas¹²⁴. Tal ação foi adotada no referido Título VII do *Civil Rights Act* (1964), com o requisito de contratação de empresas privadas pelo Governo americano, desde que as mesmas adotassem mecanismos de redução da desigualdade racial, como por exemplo, as empresas que tivessem minorias (negros, hispânicos, etc.) compondo o seu quadro de funcionários.

¹²⁴ Existem autores que também reconhecem que as pessoas jurídicas também são beneficiárias de ação afirmativa, dentre eles Rocha (1996) e Bellintani (2006), exemplificando com o artigo 170, IX da CF, o qual prevê tratamento diferenciado para empresas de pequeno porte, quando da proteção da ordem econômica. Nessa perspectiva, a autora conceitua as ações afirmativas como “[...] mecanismos temporários de inclusão social que visam inserir entre os homens de uma mesma comunidade, maior igualização, em face do seu teor distributivo, podendo abarcar **peças físicas e jurídicas**, em decorrência da necessidade de concretização do princípio maior de qualquer Estado Democrático de Direito, qual seja, a efetivação da dignidade da pessoa humana, a qual somente pode ser alcançada através da justiça social”. (BELLINTANI, 2006, p. 51, grifo nosso).

As ações afirmativas podem ser justificadas sob vários aspectos, sendo dois os principais argumentos justificadores das mesmas: o argumento compensatório e o argumento distributivo¹²⁵.

Segundo o argumento compensatório, as ações afirmativas são vistas como meios para compensar as minorias dos prejuízos sofridos por discriminações no passado, baseando-se também no fato de que as discriminações são herdadas de geração em geração, bem como no fato da discriminação pretérita fazer-se sentir ainda hoje, com a imobilidade social dos grupos historicamente discriminados, que não se vêem representados nos diversos setores da sociedade¹²⁶. Assim, as ações afirmativas seriam espécie de indenização aos grupos/indivíduos discriminados pelos prejuízos decorrentes da discriminação pretérita.

Joaquim Barbosa Gomes (2001) destaca que um dos piores efeitos da discriminação se faz sentir quando a mesma ocorre na educação, sendo negado aos negros o ensino de qualidade, sendo-lhes negada a igualdade de oportunidades, o que os prejudica quando tentam se colocar no mercado de trabalho. Aos defensores das ações afirmativas de cunho compensatório a solução para tal problema seria o aumento de chances de colocação profissional dessas pessoas, o que é amplamente utilizado como justificativa de vários programas de ações afirmativas em vários países, dentre eles os Estados Unidos.

Tal fundamento, porém, é passível de várias críticas, visto que o dano deve ser compensado diretamente a quem o sofreu, sendo impossível que se encontrem todos os afetados pelas discriminações pretéritas, como por exemplo, a escravidão.

Além disso, numa perspectiva civilista, o dano deve ser reparado por quem o tenha causado¹²⁷. Seguindo o raciocínio acima, não sobrevive nenhum senhor de engenho daquela época que importava ou mantinha escravos e, caso ainda sobreviva, se torna quase impossível a sua identificação.

¹²⁵ Segundo Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 62), esses dois postulados disputam a primazia da fundamentação das ações afirmativas, reconhecendo o autor a importância do estudo do conteúdo filosófico do princípio da igualdade para que se encontre o melhor fundamento. O autor noticia a existência de uma corrente que fundamenta as ações afirmativas sob a óptica do “multiculturalismo”, defendendo que os seres humanos merecem o mesmo reconhecimento. Segundo o autor (GOMES, 2003), multiculturalismo foi o que impulsionou os movimentos pelos direitos civis nos Estados Unidos, nos anos 60, com obtenção de vitória.

¹²⁶ “Tal reparação se justificaria na medida em que o processo de marginalização social tem uma inegável inclinação perenizante. O preconceito e a discriminação oficial ou “social” de que foram vítimas as gerações passadas tendem inexoravelmente a se transmitir às gerações futuras, constituindo-se em um insuportável e injusto ônus social, econômico e cultural a ser carregado, no presente, por essas novas gerações.” (GOMES, 2001, p. 62).

¹²⁷ Art. 927 do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Outra incongruência de tal argumento reside na impossibilidade de se mensurar o dano sofrido pelos negros (mulheres, deficientes, homossexuais, etc.) em anos de discriminação, sendo impossível que se calcule o valor de indenização, ou medida de compensação devida, contrariando, assim, o Código Civil, que estabelece no art. 944 que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Assim, as ações afirmativas calcadas em tais fundamentos acarretariam novas injustiças, visto que não indenizariam os reais prejudicados por injustiças pretéritas, tampouco puniriam os reais culpados pelas mesmas.

Dworkin (2005) também critica os argumentos em prol das ações afirmativas baseados em critérios compensatórios, isto porque, segundo o autor, as ações afirmativas visam ao futuro, não ao passado:

As grandes universidades esperam educar mais negros e outros alunos minoritários, não para compensá-los por injustiças passadas, mas para proporcionar um futuro que seja melhor para todos, ajudando-os a acabar com a maldição que o passado deixou sobre todos nós. (DWORKIN, 2005, p. 606).

O segundo argumento justificador das ações afirmativas é o distributivo¹²⁸, segundo o qual as ações afirmativas seriam meios de redistribuição dos bens e recursos da sociedade a todos que a integram. Nos dizeres de Joaquim Barbosa Gomes (2001), seria distribuir aos excluídos todos os bens e recursos a que teriam acesso caso não houvesse discriminação:

A noção de justiça distributiva é a que repousa no pressuposto de que um indivíduo ou o grupo social tem direito de reivindicar certas vantagens, benefícios ou mesmo o acesso a determinadas posições, às quais teria naturalmente acesso caso as condições sociais sob as quais vive fossem de efetiva justiça. (GOMES, 2001, p. 66).

Uma das correntes da justiça distributiva é a da “igualdade ao nascer” (GOMES, 2001, p. 67), segundo a qual as ações afirmativas devem promover a igualdade das pessoas de forma que elas tenham os mesmos direitos e o mesmo acesso que teriam, caso não houvesse discriminação, sendo assim meios de redistribuição.

¹²⁸ Gomes (2001, p. 66) afirma que a justiça distributiva é o fundamento mais consistente na justificação das ações afirmativas, embora possa haver a junção de ambos os argumentos (compensatório e distributivo). O autor brasileiro se mostra adepto do fundamento da justiça distributiva quando enumera como objetivos das ações afirmativas os seguintes: a concretização da igualdade de oportunidades; a transformação cultural da sociedade no sentido da destruição da ideologia da dominação entre raças e sexo; o estabelecimento da representatividade e diversidade nos setores sociais, eliminando “as barreiras artificiais e invisíveis” (“*glass ceiling*”) que emperram o avanço dos negros e mulheres, independentemente da existência ou não de política oficial tendente a subalternizá-los.” (GOMES, 2001, p. 48); bem como a criação de “personalidades emblemáticas” (GOMES, 2001, p. 48), que seriam aquelas pessoas que serviriam de exemplo de mobilidade social aos membros das minorias, o que serviria de incentivo aos jovens.

Insera-se no argumento distributivo a doutrina de Ronald Dworkin que, segundo Joaquim Barbosa Gomes (2001) e Leila Pinheiro Bellintani (2006), lhe dá sentido de eficiência e de justiça, em face dos objetivos que as ações afirmativas visam a alcançar. O argumento de eficiência fundamenta-se no aumento de bem-estar de todos os membros da sociedade. Dworkin enxerga nas ações afirmativas a possibilidade de aumento da diversidade racial nos mais variados setores, bem como alcançarem os negros as posições de liderança na sociedade, havendo maior representação e conseqüente diminuição do ressentimento racial¹²⁹.

Os defensores do argumento da eficiência ou da utilidade social também ressaltam a importância do surgimento de exemplos (“*role models*”) (GOMES, 2001) nos grupos minoritários de indivíduos bem sucedidos, beneficiados pelas ações afirmativas, derrubando imagens erroneamente construídas de impossibilidade de ascensão social e, assim, aumentando o empenho dos pertencentes a esse grupo e a representatividade dos mesmos nos diversos setores societários, o que se traduz em aumento de políticas para atendimento dos seus interesses¹³⁰.

O sentido ideal fundamenta-se no conteúdo de justiça que as ações afirmativas podem vir a realizar, com a redistribuição dos bens.

As críticas aos fundamentos distributivistas baseiam-se nos seguintes pontos: não são todos os problemas sociais que são decorrentes da discriminação, não sendo as ações afirmativas os únicos meios de se realizar a distribuição dos bens da sociedade; as ações afirmativas podem gerar novas formas de discriminação – com o aumento do ódio racial, bem como da discriminação de um indivíduo beneficiário de cotas, por exemplo, no mercado de trabalho ou na própria universidade (com subestimação dos colegas e professores da sua capacidade).

A principal crítica à teoria distributiva apóia-se no argumento de que as desigualdades sociais não se dão em função da discriminação racial, mas em razão da classe social. É um

¹²⁹ “[Dworkin] Vislumbra, portanto, nas ações afirmativas, mecanismos de promoção do bem-estar geral, pois, acabando os preconceitos e discriminações e promovendo-se a igualdade, haverá mais harmonia e equidade dentro da sociedade, mesmo que para tanto alguns indivíduos não sejam beneficiados ou mesmo sejam prejudicados em face da adoção de tais políticas. O que deve haver, em verdade, é o crescimento do bem-estar médio da sociedade, é a elevação do nível de igualdade entre os membros de uma mesma comunidade. Se tal ocorrer, estará plenamente justificada a adoção de ações afirmativas.” (BELLINTANI, 2006, p. 64).

¹³⁰ No Brasil, podemos citar como exemplos de representantes de grupos minoritários com sensibilidade para políticas voltadas para os grupos a que pertencem o Ministro Joaquim Barbosa Gomes - negro (com demonstração de sensibilidade para as ações afirmativas no âmbito do Supremo Tribunal Federal); a deputada federal Ângela Portela e a senadora Patrícia Saboya (a primeira, com sua proposta de Emenda Constitucional e a segunda, com seu projeto de lei para extensão da licença-maternidade de 4 para 6 meses); assim como o vereador Leonardo Mattos e Arnaldo Godoy, respectivamente, cadeirante e cego (projetos para inclusão das pessoas portadoras de deficiências).

dos argumentos mais fortes no combate das ações afirmativas, pois, segundo esse argumento, as pessoas não têm acesso às universidades porque são pobres, e não porque são negras¹³¹.

De forma resumida, podemos concluir que o argumento compensatório leva em consideração o passado, ao passo que o argumento distributivo tem como objetivo o presente, visando à mudança do futuro.

Não se utilizando de nenhum dos dois argumentos (compensatório ou distributivo), Álvaro Ricardo de Souza Cruz encontra a justificativa das ações afirmativas nos princípios do Estado Democrático de Direito:

As ações afirmativas são entendidas por nós como medidas indispensáveis à efetivação dos princípios constitucionais da dignidade humana, do pluralismo e da concepção procedimental da igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito. O marxismo e o neoliberalismo pecam pelo reducionismo do evento a seus aspectos econômicos, esquecendo-se de elementos sociológicos e antropológicos, por exemplo, essenciais à compreensão do fenômeno. Da mesma maneira, as teorias compensatórias e utilitárias são claramente insuficientes por se fundarem em argumentos de política (*policy*), esquecendo-se de elementos nodais do direito, tais como o liame obrigacional de qualquer responsabilidade indenizatória com autoria de ato ilícito. (CRUZ, 2005, p. 208)¹³².

Embora, entre um e outro argumento, opte-se pelo da justiça distributiva, em razão de sua racionalidade e congruência com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, as ações afirmativas podem ser fundamentadas pelo argumento dos Direitos Fundamentais, base do Estado Democrático de Direito, com dever de observância por toda a sociedade, ou seja, a igualdade, como direito fundamental que é, deve ser observada, sendo que o Estado, juntamente com a sociedade, deve envidar todos os esforços para que a mesma seja realizada, buscando meios de coibir as práticas discriminatórias, mas respeitando a premissa de que está implícito no conceito de igualdade o conceito de diferença. Deve-se tratar de forma especial o diferente, tentando igualá-lo aos demais iguais. Não se pensa aqui na possibilidade de que se formem exemplos a ser seguidos pelos grupos excluídos, na representatividade das minorias em todos os setores da sociedade, ou na convivência harmônica da sociedade, na medida em que as desigualdades são mitigadas, mas única e exclusivamente no direito que todo e

¹³¹ As críticas às ações afirmativas serão melhor estudadas em tópico próprio.

¹³² Bellintani, citando a teoria de Cruz, afirma que, apesar do autor se esforçar para que a sua teoria não se enquadre em um ou outro argumento, não deixa de se encaixar na doutrina distributiva, justificando: “Não obstante esse autor negue a adoção da teoria distributiva, percebe-se, claramente, em seu discurso, certa tendência a essa justificativa. Evidentemente, existem princípios do direito que embasam todas essas teorias e claro está que o pluralismo e a dignidade da pessoa humana são escopos principais a serem alcançados através de medidas de ação afirmativa. Apesar de assim ser, para que se alcancem tais ideais, necessário é redistribuir os bens existentes na sociedade, tais como educação, trabalho, saúde, habitação, etc., os quais são essenciais à vida humana, à subsistência e dignidade de qualquer indivíduo e que atualmente se encontram em mãos de pequena parcela privilegiada da população.” (BELLINTANI, 2006, p.66).

qualquer indivíduo tem de ser tratado com o mesmo respeito e consideração, de não se sentir excluído, de se sentir digno¹³³.

3.3 As ações afirmativas na Constituição da República de 1988

Conforme visto no tópico “2.2.3 *O princípio da igualdade na evolução constitucional brasileira – da Constituição do Império à Constituição da República de 1988*”, a interpretação constitucional do princípio da igualdade deve se basear nos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Considerando o nosso conceito de ações afirmativas, qual seja, de medidas que objetivem a inclusão social, como forma de se realizar o princípio da igualdade, reduzindo, assim, as desigualdades sociais e a exclusão das minorias, garantindo ao indivíduo a sua dignidade, bem como o exercício de sua cidadania, pode-se afirmar que a Constituição Federal prevê de forma direta e indireta a adoção de tais medidas. Diretamente, a Constituição de 1988 prevê as ações afirmativas nos seguintes artigos:

a) Artigo 37, VIII:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

¹³³ A intenção aqui não é a crítica à teoria da justiça distributiva, tendo em vista que todos esses aspectos são importantes e há autores que acreditam que dela não há como escapar, tendo em vista a necessidade de redistribuição dos bens e recursos para que se efetivem os princípios previstos pelo Estado Democrático de Direito, conforme visto acima, em Bellintani (2006).

Regulamentado pelo artigo 5º, §2º da Lei 8.112/90¹³⁴, a disposição constitucional de reserva de vagas de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência se apresenta como a ação afirmativa mais conhecida no território nacional, instituída por meio de cotas, tendo significado importante avanço no sentido de consolidação do princípio da igualdade, uma vez que leva em consideração que as dificuldades que as pessoas portadoras de necessidades especiais enfrentam para poder estudar ou se enquadrarem no mercado de trabalho são maiores que as dos demais, sendo necessário, portanto, que seu acesso a tais vagas seja facilitado e garantido¹³⁵.

b) Artigo 208, III:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

O artigo em tela¹³⁶ constitui uma ação afirmativa, na medida em que assegura aos portadores de necessidades especiais o atendimento escolar conforme a sua deficiência, o que leva em consideração as peculiaridades do indivíduo, permitindo que o mesmo se inclua na sociedade. Exemplos concretos são o ensino da Linguagem Brasileira de Sinais, bem como a escrita e leitura em Braile.

c) Artigo 215:

¹³⁴ Lei 8.112/90 – Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União – 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”. Destaca-se que, devido à previsão da lei de que as atribuições devem ser compatíveis com a deficiência do candidato, alguns concursos públicos deixam de reservar vagas aos deficientes, com fundamento no art. 38, II, do Decreto 3.298/1999, que prevê a possibilidade de não haver tal reserva quando o cargo ou emprego público integrante de carreira exija aptidão plena do candidato. É o que ocorre frequentemente em concursos para delegados e juízes. No Judiciário esta possibilidade tende a acabar com a publicação de Enunciado Administrativo pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que determinará que sejam previstos nos editais de concursos para provimento de cargos de juiz a reserva de 5% a 20% das vagas para pessoas portadoras de deficiência. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2008)

¹³⁵ É oportuno questionar a mentalidade da sociedade brasileira no sentido de aceitar as ações afirmativas destinadas às pessoas portadoras de deficiência, sem qualquer polêmica, ao contrário da aceitabilidade das ações afirmativas destinadas aos negros. O que se percebe é que tal aceitação é movimentada por um sentimento de compaixão com relação ao deficiente. O Juiz Federal Márcio Augusto do Nascimento afirma que a maior receptividade com relação às ações que privilegiem deficientes físicos e idosos se dá pela identificação com tais pessoas: “Todos nós seremos idosos um dia (se a saúde permitir), mas não seremos negros. Todos podemos nos tornar deficientes físicos ou mentais um dia, por acidente ou doença, contudo não nos tornaremos negros por acidente ou por doença. Todos temos idosos nas nossas famílias, porém a grande maioria não tem negros no seu círculo familiar. Idoso é questão etária; deficiente é questão de integridade física ou mental; negro é questão racial. Mais uma prova da discriminação racial disfarçada que reina no Brasil.”(NASCIMENTO, 2007).

¹³⁶ Este artigo é regulamentado pelas Leis 7.853 (dispondo diretamente sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência) e 9.394/89 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), que contém capítulo dedicado à educação especial (Capítulo V), conceituada por CRUZ (2005, p. 191): “Entende-se por educação especial a modalidade oferecida preferencialmente na rede regular de ensino para o educando com necessidades especiais, constituindo-se num processo flexível, dinâmico e individual ligado às necessidades de cada portador de deficiência”.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

O §1º do referido artigo se concretiza na própria Constituição, na previsão do art. 216 §5º, por meio do qual “Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”, o que visa à preservação da cultura negra.

Considerando que grande parte dos feriados e das datas comemorativas nacionais relaciona-se com a religião católica, bem como eventos de alta significação com pouca representatividade das populações negra ou indígena, tal artigo asseguraria a representação das minorias étnicas no calendário brasileiro. Recentemente, tal artigo se fez concretizar através da Lei 10.639 de 2003, que instituiu na Lei de Diretrizes e Bases da Educação o artigo 79 – B, incluindo no calendário escolar o dia 20 de novembro como o “Dia Nacional da Consciência Negra”.

Os dispositivos acima citados são previsões constitucionais expressas das ações afirmativas. Considerando o modelo de interpretação constitucional segundo o qual a norma só ganha sentido quando interpretada, as ações afirmativas também são previstas de forma indireta na Constituição, nos dispositivos que prevêm a garantia da igualdade, bem como dos fundamentos inerentes ao Estado Democrático de Direito. São os seguintes:

a) Artigo 1º, previsão dos fundamentos da República Federativa do Brasil:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana.

Os fundamentos da República Federativa do Brasil são os pilares sobre os quais o Estado brasileiro deve se constituir. A previsão da cidadania, entendida aqui não só como o direito de votar e de ser votado, mas como um conceito ampliado de garantia de participação política de todos os brasileiros, pressupõe que todos os indivíduos sejam tratados com igualdade, bem como têm o direito de viver de forma digna, o que implica o dever do Estado de garantir todos os meios para que todas as pessoas exerçam sua cidadania, bem como sejam

tratadas com o devido respeito e consideração. Daí concluir-se que a existência de discriminação racial retira dos indivíduos a sua condição de cidadão, na medida em que seu direito de se ver como um igual não é respeitado, bem como implica redução da sua auto-percepção de dignidade, permitindo assim que a sociedade se utilize dos meios necessários para garantir tais direitos fundamentais, o que, conforme visto acima, pode ser alcançado por meio das ações afirmativas, tendo em vista o seu objetivo de inclusão de grupos minoritários socialmente excluídos¹³⁷.

b) Artigo 3º, o qual dispõe sobre os objetivos da República Federativa do Brasil:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

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

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação¹³⁸.

A previsão dos fins que o Estado brasileiro pretende atingir traça os caminhos a serem percorridos pela sociedade para que se viva em harmonia. A construção de uma sociedade livre, justa e solidária não é possível se subsistirem na sociedade fatores de desigualdade, visto que liberdade e igualdade são princípios que se indissociam, além do que a idéia de justiça se aproxima cada vez mais da idéia de igualdade, conforme visto quando se estudou tal princípio. Já a solidariedade, como remanescente da tríade revolucionária francesa (“Liberdade, Igualdade, Fraternidade”) que, de maneira geral, ainda não foi conquistada pela

¹³⁷ Nesse sentido, Joaquim Barbosa Gomes: “Vê-se, portanto, que a Constituição Brasileira de 1988 não se limita a proibir a discriminação, afirmando a igualdade, mas permite, também, a utilização de medidas que efetivamente implementem a igualdade material. E mais: tais normas propiciadoras da implementação do princípio da igualdade se acham precisamente no Título I da CF, o que trata dos princípios fundamentais da nossa República, isto é, cuida-se de normas que informam todo o sistema constitucional, comandando a correta interpretação de outros dispositivos constitucionais.[...] Esta, portanto, é a concepção moderna e dinâmica do princípio constitucional da igualdade, a que conclama o Estado a deixar de lado a passividade, a renunciar à sua suposta neutralidade e a adotar um comportamento ativo, positivo, afirmativo, quase militante, na busca da concretização da igualdade substancial.”(GOMES, 2001, p. 112-114).

¹³⁸ O artigo 3º, inciso II, da Constituição Federal, prevê também como objetivo da República Federativa do Brasil “garantir o desenvolvimento nacional”, o que de forma mais indireta pode ser utilizado para se justificar as ações afirmativas, pois, em um País onde há discriminação racial, o desenvolvimento econômico não é pleno, conforme nos fala Joaquim Barbosa Gomes: “Trata-se, em suma, de um mecanismo sócio-jurídico destinado a viabilizar primordialmente a harmonia e a paz social, que são seriamente perturbadas quando um grupo social expressivo se vê à margem do processo produtivo e dos benefícios do progresso, bem como a robustecer o próprio desenvolvimento econômico do país, na medida em que a universalização do acesso à educação e ao mercado de trabalho tem como consequência inexorável o crescimento macroeconômico, a ampliação generalizada dos negócios, numa palavra, o crescimento do país como um todo. Nesse sentido, não se deve perder de vista o fato de que a história universal não registra, na era contemporânea, nenhum exemplo de nação que tenha se erguido de uma condição periférica à de potência econômica e política, digna de respeito na cena política internacional, mantendo no plano doméstico uma política de exclusão, aberta ou dissimulada, legal ou meramente informal, em relação a uma parcela expressiva de seu povo”. (GOMES, 2003b).

Humanidade¹³⁹, implica que para que se alcance uma sociedade solidária em que seus membros cooperem mutuamente para que a vida de todos seja boa, é necessário que o Estado atue no sentido de distribuição igual dos direitos, sem concessão de privilégios a determinados grupos, o que é possível de se alcançar por meio das ações afirmativas, através da redistribuição dos bens e recursos da sociedade com vistas à realização da igualdade.

Outro objetivo previsto é a erradicação das desigualdades sociais¹⁴⁰, fim ao qual as ações afirmativas se prestam, coadunando-se as mesmas com o texto constitucional, considerando-se, principalmente, o inciso III do artigo 3º da Constituição da República de 1988. Da mesma forma, o inciso IV do artigo em tela permite concluir pela constitucionalidade das ações afirmativas na medida em que enumera como objetivo do Estado brasileiro a promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação, permitindo, assim, que o Estado atue de forma positiva a combater práticas discriminatórias no sentido de busca do desenvolvimento da sociedade¹⁴¹.

Carmen Lúcia Antunes Rocha (1996) afirma que no princípio da igualdade contido na Constituição Federal de 1988, inserem-se as ações afirmativas, principalmente quando se interpreta o artigo 3º, III, da CF, o que se reforça pela norma contida no inciso IV do artigo em tela. Segundo a ministra do Supremo Tribunal Federal, pela Constituição de 1988:

[...] se buscou a mudança do conceito, do conteúdo, da essência e da aplicação do princípio da igualdade jurídica, com relevo dado à sua imprescindibilidade para a

¹³⁹ Considerando a desigualdade social do mundo, não se pode falar que vivemos em um mundo fraterno, bastando para isso que se constate a existência de guerras, fome, preconceitos, bem como a deterioração do meio-ambiente de forma irreversível. Para que se tenha uma idéia de como a fraternidade não foi alcançada, necessário se faz a análise do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) do país mais desenvolvido (Islândia) em comparação com o país menos desenvolvido (Serra Leoa), conforme Relatório de Desenvolvimento Humano do biênio 2007/2008, realizado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). No ano de 2005, na Islândia, o IDH é 0.968, sendo que a esperança de vida ao nascer é de 81,5 anos, enquanto em Serra Leoa o IDH é de 0,336, com esperança de vida ao nascer de 41,8 anos (!). O Brasil se encontra em último lugar daqueles que tiveram desenvolvimento humano elevado, com IDH de 0,800 e expectativa de vida ao nascer de 71,7 anos. (PNUD, 2007)

¹⁴⁰ Dentre os países com desenvolvimento humano elevado, conforme dados do PNUD acima citados, o Brasil ocupa o primeiro lugar em desigualdade social, atingindo 57 pontos no índice Gini – índice que mede a desigualdade social em uma escala de 0 a 100, segundo a qual quanto mais próximo do 0 mais igual é a sociedade e quanto mais próximo de 100, mais desigual é a sociedade. Com tal índice, o Brasil pode ser considerado um dos países mais desiguais do mundo, perdendo para países com baixo desenvolvimento humano, como por exemplo, Serra Leoa (índice 62,9) e Namíbia (74,3). (PNUD, 2007)

¹⁴¹ Nesse sentido Alexandre de Moraes: “A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente se protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo Direito [...]” (MORAES, 2000, p.92).

transformação da sociedade, a fim de se chegar a seu modelo livre, justa e solidária. Com a promoção de mudanças, com a adoção de condutas ativas, com a construção de novo figurino sócio-político [...]. (ROCHA, 1996, p. 656).

O Ministro do STF, Marco Aurélio de Mello, partilha do mesmo entendimento dos ministros Joaquim Barbosa Gomes (2001) e Carmen Lúcia Antunes Rocha (1996), interpretando a igualdade prevista no texto constitucional como a possibilidade de intervenção estatal, no sentido de realização da igualdade substancial, defendendo, assim, a adoção de ações afirmativas. Ao estudar a evolução do princípio da igualdade nas constituições brasileiras, Mello interpreta a atual Constituição da República, fundamentando-se nos artigos 1º, III e 3º, III, da seguinte forma:

Passou-se, assim, de uma igualização estática, negativa – no que se proibia a discriminação -, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos “construir”, “garantir”, “erradicar” e “promover” denotam ação. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar as mesmas oportunidades. Há de ter-se como ultrapassado o sistema simplesmente principiológico. A postura, mormente dos legisladores, deve ser, sobretudo, afirmativa. O fim almejado por esses dois artigos da Carta é a transformação social, com o objetivo de erradicar a pobreza – uma das formas de discriminação – visando-se, acima de tudo, ao bem de todos. (MELLO, 2003, p. 161).

c) Artigo 5º, *caput*:

Art. 5º. 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: [...]. (grifo nosso).

Conforme se pode examinar, neste artigo estão contidos os sentidos formal e substancial de igualdade, sendo que o sentido que importa para a adoção das ações afirmativas é o material.

O artigo 5º da CF autoriza a instituição das ações afirmativas, na medida em que a atual interpretação da igualdade, ou seja, conforme o paradigma do Estado Democrático de Direito, implica a atuação do Estado de forma a promover a igualdade, não se limitando a proibir práticas discriminatórias, conforme visto acima. O importante na interpretação do princípio da igualdade contido no artigo 5º é que o mesmo se efetive¹⁴².

d) Artigo 206, inciso I:

¹⁴² A interpretação deste artigo foi estudada no tópico 2.2.3 *O princípio da igualdade na evolução constitucional brasileira – da Constituição do Império à Constituição da República de 1988*.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

O artigo em análise também assegura o princípio da igualdade na educação, tanto para o acesso quanto para a permanência do indivíduo na escola. Para tanto, as ações afirmativas também se mostram como instrumento apto a realizar a igualdade aqui pretendida, na medida em que aumenta o acesso de grupos excluídos aos bancos escolares, bem como, a depender do tipo de ação adotada, possibilita a permanência do indivíduo na vida escolar¹⁴³.

Por outro lado, a literalidade do dispositivo em comento permite a interpretação no sentido da inconstitucionalidade das ações afirmativas na educação. Tal interpretação será analisada no tópico em que são examinadas as críticas direcionadas às ações afirmativas.

Considerando os artigos aqui estudados, seja de forma direta ou indireta, as ações afirmativas não contrariam a ordem constitucional vigente, pelo contrário, são absolutamente compatíveis com a previsão constitucional de igualdade. Tendo em vista ter a República Federativa do Brasil como um de seus imperativos o princípio da igualdade nos moldes do Estado Democrático de Direito, o que permite que não somente a União legisle no sentido de promoção da igualdade, mas também os Estados e Municípios.

Concretizando a Constituição, houve a criação de textos legais com vistas à promoção da igualdade, com a instituição de ações afirmativas. Podemos tomar como exemplo as leis que adotam ações para inclusão dos deficientes físicos, bem como a Lei eleitoral 9.504 de 1997, que impõe a reserva de 30% das vagas do partido a candidatos de cada sexo¹⁴⁴, o que, em virtude do domínio masculino na sociedade brasileira durante muitos anos, com a proibição do voto feminino até 1932, se mostra como um grande avanço em prol das mulheres, sendo que vários autores se referem a essa previsão legal como uma ação afirmativa para igualdade de gênero¹⁴⁵.

Como prova cabal de que a política e as eleições são um espaço “masculino”, dos 853 municípios mineiros, 802 (94%) elegeram prefeitos homens nas eleições de 2008. (TRE-MG, 2008).

Outro instrumento legislativo importante na execução das ações afirmativas é o Decreto nº 4.228, de 13 de maio de 2002, que institui, no âmbito da Administração Pública

¹⁴³ Tais ações serão tratadas em tópico próprio, quando se estiver estudando as formas de implementação das ações afirmativas.

¹⁴⁴ Lei 9.504/97: Art. 10, § 3º. “Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo”.

¹⁴⁵ Assim faz Bellintani (2006) e Cruz (2005).

Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas, prevendo, no artigo 2º, a adoção das seguintes ações, *in verbis*:

Art. 2º O Programa Nacional de Ações Afirmativas contemplará, entre outras medidas administrativas e de gestão estratégica, as seguintes ações, respeitada a legislação em vigor:

I - observância, pelos órgãos da Administração Pública Federal, de requisito que garanta a realização de metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência no preenchimento de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS;

II - inclusão, nos termos de transferências negociadas de recursos celebradas pela Administração Pública Federal, de cláusulas de adesão ao Programa;

III - observância, nas licitações promovidas por órgãos da Administração Pública Federal, de critério adicional de pontuação, a ser utilizado para beneficiar fornecedores que comprovem a adoção de políticas compatíveis com os objetivos do Programa; e

IV - inclusão, nas contratações de empresas prestadoras de serviços, bem como de técnicos e consultores no âmbito de projetos desenvolvidos em parceria com organismos internacionais, de dispositivo estabelecendo metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência.

A edição deste decreto é o reconhecimento estatal da constitucionalidade das ações afirmativas no âmbito da Administração Pública Federal, o que pode ser interpretado em prol da Educação.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da qual o Brasil é signatário¹⁴⁶, desde 1968, tendo sido promulgada por meio do Decreto 65.810, de 08 de dezembro de 1969, também reconhece a legalidade das políticas de ações afirmativas ao ditar em seu artigo II:

Artigo II

2. Os Estados Partes adotarão, se as circunstâncias assim o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, medidas especiais e concretas para assegurar adequadamente o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos com o propósito de garantir-lhes, em igualdade de condições, o pleno exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, essa medidas não poderão, em hipótese alguma, ter o escopo de conservar direitos desiguais ou diferenciados para os diversos grupos raciais depois de alcançados os objetivos perseguidos. (ONU, 2008)¹⁴⁷

¹⁴⁶ A Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou ao artigo 5º da Constituição da República o parágrafo 3º, segundo o qual: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Como o Brasil é signatário de tal convenção, desde 1968, a doutrina e a jurisprudência brasileira têm entendido que tal norma já possui *status* constitucional.

¹⁴⁷ “Quanto ao prisma racial, importa destacar que o documento oficial brasileiro apresentado à Conferência das Nações Unidas contra o Racismo, em Durban, na África do Sul (31 de agosto a 7 de setembro de 2001), defendeu, do mesmo modo, a adoção de medidas afirmativas para a população afro-descendente nas áreas de

Tendo em vista o conteúdo deste artigo, é necessário que se verifique se as ações afirmativas são eficazes quanto à realização do objetivo a que se propõem, qual seja, de redução das desigualdades sociais. Para tanto, necessária se faz a pergunta se as ações afirmativas reduziriam ou aumentariam as desigualdades sociais. É o que se passa a analisar.

A legitimidade das ações afirmativas está contida, principalmente, em seu caráter temporário, sendo que a necessidade da continuidade ou não das mesmas deve ser uma decisão fundamentada, após consulta à comunidade envolvida, à sociedade como um todo e às lideranças políticas, conjuntamente, necessitando para tanto a realização de estudos periódicos e contínuos que demonstrem os resultados de tais políticas, a constatação de ter havido a mudança almejada na sociedade, sobretudo, quanto à existência das tradicionais formas de discriminação racial. Alcançados os objetivos pretendidos pelas ações afirmativas, quais sejam, realização da igualdade e eliminação da discriminação, não mais serão necessárias tais políticas. Assim, as ações afirmativas têm caráter temporário, ou seja, devem ser implementadas na medida em que ainda forem verificadas as desigualdades.

Analisada a consonância das ações afirmativas com a Constituição da República de 1988, bem como a legalidade e legitimidade das mesmas, é importante que se analisem as críticas às ações afirmativas, bem como de que forma as ações afirmativas devem ser implementadas em consonância com a realidade brasileira¹⁴⁸. É o que se faz a seguir.

3.4. Críticas às ações afirmativas

educação e trabalho. O documento propôs a adoção de ações afirmativas para garantir o maior acesso de afro-descendentes às universidades públicas, bem como a utilização, em licitações públicas, de um critério de desempate que considere a presença de afro-descendentes, homossexuais e mulheres no quadro funcional das empresas concorrentes. A Conferência de Durban, em suas recomendações, pontualmente nos parágrafos 107 e 108, endossa a importância de os Estados adotarem ações afirmativas para aqueles que foram vítimas de discriminação racial, xenofobia e outras formas de intolerância correlatas." (PIOVESAN, 2005, p.50).

¹⁴⁸ "A pergunta sobre que estratégias serão mais ou menos eficazes não pode obter respostas senão a partir de análises localizadas que levem em conta as relações sociais e valores culturais de cada sociedade e cada grupo num determinado momento histórico. A própria noção de ação afirmativa, portanto, talvez não devesse ser definida em termos descritivos, em torno da modalidade de suas práticas. Pelo contrário, talvez uma melhor maneira de pensar a questão seja indagando-se sobre que ações são eficazes num dado contexto, na medida em que promovam melhores condições de acesso à cidadania, aos recursos econômicos, políticos, sociais e culturais." (CONTINS, 2004, p. 215).

As ações afirmativas recebem inúmeras críticas¹⁴⁹.

Não se adotará aqui uma postura sectária de combate às críticas das ações afirmativas, tendo em vista que, observadas as peculiaridades da sociedade brasileira, várias possuem razoabilidade e não devem ser descartadas na reflexão sobre o processo de implementação das mesmas, o que será feito no próximo capítulo. Porém, é bom que se tenha cautela em analisar se as críticas são dirigidas às ações afirmativas de maneira geral ou dirigidas somente às políticas de cotas, com a confusão entre um e outro conceito.

A primeira crítica é a de que as ações afirmativas não realizam a igualdade, pelo contrário, infringem tal princípio, tendo em vista a discriminação que fazem dos grupos excluídos, o que acabaria por privilegiar determinados grupos em detrimento de outros¹⁵⁰.

O presente argumento não é de todo incorreto, tendo em vista que a prática das ações afirmativas implica em uma discriminação. Porém, a discriminação realizada pelas ações afirmativas constitui discriminação lícita, pois leva em conta as peculiaridades dos indivíduos e sua situação de inferioridade na sociedade. Buscam assim diferenciar tais indivíduos, de forma a igualá-los aos grupos dominantes. Assim, tal crítica confunde os conceitos de discriminação ilícita e lícita, sendo que esta última impõe a diferenciação como forma de combate à primeira.

Dworkin esclarece a diferença entre uma e outra:

[...] podemos definir um direito individual que as formas malignas de discriminação violam, mas que programas bem elaborados de ação afirmativa não o fazem: esse é o direito fundamental que cada cidadão tem de ser tratado pelo governo, e pelas instituições que têm apoio do governo, como igualmente dignos de consideração e respeito. (DWORKIN, 2005, p. 574).

¹⁴⁹ Dworkin, no seu livro *A virtude soberana* (2005, p. 543-609), se mostra temeroso em face da possibilidade da extinção das ações afirmativas nos Estados Unidos, tendo em vista o êxito obtido pelas argumentações contra as mesmas, bem como aumento significativo no número de decisões do Judiciário norte-americano reconhecendo a ilegitimidade delas. Para o combate às críticas contra as ações afirmativas, o referido autor se utiliza dos dados de pesquisa realizada por William G. Bowen (ex-reitor da Faculdade de Princeton) e Derek Bok (ex-reitor da Faculdade de Harvard), transformada no livro *The Shape of the River*, reconhecida por Dworkin como indispensável para o estudo das conseqüências das ações na educação, tendo em vista que os referidos autores limitam as suas observações às análises concretas dos resultados das ações afirmativas nos Estados Unidos, e não em especulações. A pesquisa analisa 28 universidades americanas nos anos de 1951, 1976 e 1989, colhendo dados de 80 mil graduados, com o objetivo de analisar as conseqüências individuais e sociais das ações afirmativas para negros na educação superior. É necessário também atentar ao fato de que, como as ações afirmativas para combate da discriminação racial são pouco testadas no Brasil, os resultados dos quais dispomos não nos fornecem plena certeza de seus resultados no território nacional, o que não nos permite analisar com maior profundidade as suas conseqüências, sendo importante a utilização da referida pesquisa também neste trabalho.

¹⁵⁰ Conforme visto acima, tal crítica fundamenta-se na previsão da igualdade na Constituição da República e, especificamente no campo da Educação, é subsidiada pela previsão do artigo 206, I, tratado no tópico anterior.

Tal distinção se mostra como consequência da nova interpretação do princípio da igualdade, sem caráter homogeneizante, pelo contrário, respeitosa às disparidades sociais e disposto a corrigi-las. Aclamada por Joaquim Barbosa Gomes (2003), em virtude do pioneirismo no tratamento do tema, em 1996, Carmem Lúcia Antunes Rocha esclarece:

É importante salientar que não se quer verem produzidas novas discriminações com a ação afirmativa, agora em desfavor das maiorias, que, sem serem marginalizadas historicamente, perdem espaços que antes detinham face aos membros dos grupos afirmados pelo princípio igualador no Direito. Para se evitar que o extremo oposto sobreviesse é que os planos e programas de ação afirmativa adotados nos Estados Unidos e em outros Estados, primaram sempre pela fixação de percentuais mínimos garantidores da presença das minorias que por eles se buscavam igualar, com o objetivo de se romperem preconceitos contra elas ou pelo menos propiciarem-se condições para a sua superação em face da convivência juridicamente obrigada. Por ela, a maioria teria que se acostumar a trabalhar, a estudar, a se divertir etc. com os negros, as mulheres, os judeus, os orientais, os velhos etc., habituando-se a vê-los produzir, viver, sem inferioridade genética determinada pelas suas características pessoais resultantes do grupo a que pertencessem. Os planos e programas das entidades públicas e particulares de ação afirmativa deixam sempre à disputa livre da maioria a maior parcela de vagas em escolas, empregos, em locais de lazer etc., como forma de garantia democrática do exercício da liberdade pessoal e da realização do princípio da não discriminação (contido no princípio constitucional da igualdade jurídica) pela própria sociedade. (ROCHA, 1996, p. 651).

Dessa forma, as ações afirmativas não se apresentam em desatendimento aos direitos fundamentais. Pelo contrário, se apresentam como forma de efetivar e garantir esses direitos. A Constituição Federal prevê a aplicabilidade imediata¹⁵¹ dos direitos fundamentais, mas não esgota a maneira de como esses direitos devem ser efetivados. Será no caso prático (situação concreta)¹⁵², analisando-se qual a melhor forma de implementar as ações, de acordo com as peculiaridades do nosso País, que iremos densificar e materializar o conteúdo dos direitos fundamentais. Partindo da concepção atual de que a norma é o texto interpretado, impera a necessidade de contextualização das normas constitucionais às necessidades sociais contemporâneas.

Outra crítica decorrente do argumento acima afirma que a diferenciação imposta pelas ações afirmativas gerará acirramento da discriminação racial, levando-se em consideração a política de cotas, o que significa dizer que os candidatos que não atendam aos requisitos da

¹⁵¹ Artigo 5º, §1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

¹⁵² Sobre a necessidade de considerar as situações concretas na aplicação do Direito, para que não se corra o risco de se confundir conceitos, tais como discriminação lícita e discriminação ilícita, nos fala o Professor Marcelo Galuppo: “É preciso levar em conta, então, que cumprir ou aplicar o direito, no Estado Democrático de Direito, não é cumprir ou aplicar todas as normas jurídicas contemporaneamente, mas apenas aquelas que são adequadas ao contorno fático da situação.” (GALUPPO, 2001, p. 61).

política de cotas e forem preteridos sentirão maior ódio daqueles que conseguiram uma vaga “que era sua”¹⁵³.

Tal argumento é o mais utilizado pelo jornalista Ali Kamel (2006) na sua luta contra as políticas de cotas, temendo que a sociedade brasileira se transforme em uma “nação bicolor”:

Raça, até aqui, foi sempre uma construção cultural e ideológica para que uns dominem outros. A experiência histórica demonstra isso. No Brasil dos últimos anos, o Movimento Negro parece ter se esquecido disso e tem revivido esse conceito com o propósito de melhorar as condições de vida de grupos populacionais. A estratégia está fadada a nos levar a uma situação que nunca vivemos: o ódio racial. Onde quer que o conceito de raça tenha prevalecido, antagonismos insuperáveis surgiram entre os grupos, e deram origem muitas vezes a tragédias. Por que aqui seria diferente? (KAMEL, 2006, p. 47).

Dworkin (2005) esclarece que a intenção das ações afirmativas não é fomentar o ódio contra o branco (ou contra o negro, conforme o argumento acima utilizado), mas ressaltar a importância da diversidade racial, inserindo os indivíduos excluídos no grupo dominante.

Esta crítica também considera o fato de os profissionais egressos das universidades que nelas adentraram pelo sistema de ações afirmativas poderem vir a ser discriminados no mercado de trabalho. Em outras palavras, um paciente pode vir a se recusar a fazer um tratamento com um médico negro, considerando o fato de o mesmo ter ingressado na faculdade por meio de tal sistema; ou um cliente pode recusar a defesa de sua causa por um advogado negro pelo mesmo motivo¹⁵⁴.

¹⁵³ Tal crítica é considerada por Cruz (2005) quando da discordância deste em relação à utilização de argumentos utilitaristas para se justificar a adoção das ações afirmativas: “As teses utilitaristas se desfazem, contudo, quando se analisa, sobretudo, a perspectiva de custos/benefícios embutida no seu raciocínio. A idéia de que as ações afirmativas possam recuperar o respeito próprio das minorias e reduzir o grau de rejeição da sociedade é passível de críticas. Isto porque novas formas de discriminação podem passar a existir. Tomemos, por exemplo, um negro que assuma uma cadeira na universidade em razão das ações afirmativas, sem dúvida, professores e alunos, aprovados pelos critérios regulares, podem passar a vê-lo de maneira distinta. Ao se graduar, as empresas podem desconsiderá-lo como empregado apto a participar de seus quadros. E, mesmo que o governo os obrigue a tanto, ele terá dificuldade de promoção e será discriminado pelos seus próprios colegas. Neste mesmo caso, este negro poderá ter tomado a vaga de um candidato branco que, se não sentia qualquer ressentimento/ódio racial, poderá passar a nutri-lo.” (CRUZ, 2005, p. 136). De qualquer forma, não se pode deixar de implementar as ações afirmativas sob esse temor. Dworkin (2005), admitindo a dificuldade de estudar emoções, traz dados da pesquisa *The Shape of the river* segundo os quais os estudantes norte-americanos manifestaram-se abertos às experiências inter-raciais proporcionadas pelas ações afirmativas.

¹⁵⁴ Dworkin (2005) analisa o argumento de que as ações afirmativas prejudicariam a imagem dos negros, sua auto-estima e os constrangeriam. “Os argumentos mais comoventes contra a ação afirmativa provêm dos negros que se sentem ofendidos ou prejudicados pelo pressuposto de que eles precisam de favores especiais. Qualquer pessoa, seja um graduando negro ou o filho bem-sucedido de pais ricos ou famosos de qualquer raça, magoar-se-á com desconfianças que desvalorizem suas realizações, e o fato de que muitos negros importantes acreditem que a ação afirmativa tenha incentivado tal suspeita é o preço indubitável e lamentável de tal política.” (DWORKIN, 2005, p. 564). O autor avalia que para que tal argumento seja válido para se deixar de aplicar tais ações, deve contar com a concordância da maioria dos negros, argumentando que: “Mas se a opinião for rejeitada pela

Mas o grau de exigência da Universidade, nas provas e exames realizados nos cursos de 4 ou 5 anos, será o mesmo para todos os alunos. Caso os que ingressaram pelo programa de ação afirmativa não estejam aptos a “acompanhar” a turma, eles não irão se formar. Por outro lado, há estatísticas¹⁵⁵ que mostram que as notas dos bolsistas não são substancialmente inferiores às notas dos não-bolsistas, ao longo dos 4 ou 5 anos de universidade. Portanto, a “discriminação” aos beneficiários de programas de ações afirmativas revela-se preconceituosa.

Reconhece Joaquim Barbosa Gomes (2001) a imprescindibilidade da conscientização da sociedade sobre a necessidade de eliminar ou reduzir as desigualdades sociais, necessitando as ações afirmativas do apoio e colaboração da sociedade como um todo.

Dworkin (2005) noticia, mediante conclusões da pesquisa desenvolvida ao longo de décadas nos Estados Unidos chamada *The shape of the river*, que o estudo comprovou que as ações afirmativas são capazes de diminuir a discriminação racial e, assim, proporcionar a igualdade, realizando tanto a diversidade estudantil (tendo em vista o pluralismo como peça fundamental da democracia) quanto a justiça social:

Nossas universidades e faculdades têm o direito de pensar que a segregação incessante e debilitante de raça, classe, ocupação e *status* nos Estados Unidos é inimiga tanto da justiça quanto da harmonia, e uma das conclusões mais impressionantes do estudo *River* é que a ação afirmativa começou a erodir tal segregação de um modo que talvez nenhum outro plano ou política poderia fazer. (DWORKIN, 2005, p. 572).

Temeroso com a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade das ações afirmativas nos Estados Unidos, Dworkin (2005) analisa a constitucionalidade das mesmas frente à 14^a Emenda, asseverando que a pesquisa *The Shape of the River* demonstrou o êxito de tais ações com o aumento das notas dos estudantes universitários negros. Aumentou também, ao longo das últimas décadas, o número da liderança negra nos diversos setores da sociedade, bem como propiciou o estabelecimento de laços de amizade inter-raciais. A pesquisa demonstra, ainda, que a declaração de inconstitucionalidade de tais medidas pela Suprema Corte reduziria drasticamente o número de negros nas universidades, bem como em

maioria dos negros das instituições de elite, que tem mais probabilidades de sofrer na vida profissional e pessoal com qualquer hipótese de que suas credenciais ou realizações são falsas, ou com a imagem maculada do negro no país - se a maioria de tais formandos achar, pelo contrário, que essa luta pela diversidade racial por intermédio de políticas de admissão são sensíveis à raça foi boa para eles e para sua raça- então não se pode considerar suficientemente importante o sofrimento da pequena, embora genuína, minoria que discorda a ponto de sobrepujar as vantagens que a maioria acredita que a raça conquistou.” (DWORKIN, 2005, p. 564).

¹⁵⁵ As quais serão vistas no Capítulo 4.

cursos mais tradicionais, como Direito e Medicina, o que significaria grande perda para a justiça racial, o que faz Dworkin indagar: “Será que a Suprema Corte decretará que a Constituição exige que aceitemos essa derrota?” (DWORKIN, 2005, p. 583)

No Brasil, também há notícias positivas acerca da aceitação das ações afirmativas nas universidades. Em notícia veiculada pela Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial – SEPPIR (BRASIL, 2008), em 25 de setembro de 2008, divulgou-se o resultado da avaliação resultante do Monitoramento das Políticas de Ação Afirmativa realizada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, segundo a qual 62% dos alunos que estudam em universidades adotantes de ações afirmativas aprovam tais medidas, acreditando que a cordialidade racial nas mesmas é maior do que a da própria sociedade. Tal notícia se apresenta como a possibilidade de mudança da sociedade brasileira, estando mais aberta à inclusão social.

Uma das críticas com mais adeptos no Brasil, tendo em vista as peculiaridades do povo brasileiro, fundamenta-se na causa da desigualdade em nosso País. Segundo tais argumentos, a fonte da desigualdade brasileira não reside na discriminação racial, mas sim nas diferenças de classes sociais; ou seja, no Brasil discrimina-se quem é pobre, não quem é negro¹⁵⁶.

Tal crítica enxerga um problema da sociedade brasileira, mas deixa de enxergar outro, uma vez que a desigualdade social no Brasil tem várias origens. A desigualdade de classes é uma delas, mas a discriminação racial é, inegavelmente, fonte autônoma de desigualdade no Brasil, bastando para tanto a análise das estatísticas que comprovam que a situação sócio-econômica do negro brasileiro é inferior à do branco.

Segundo a Síntese de indicadores sociais de 2008 (IBGE, 2008), a população brasileira (184.388.620 habitantes) se compõe da seguinte forma: 49,4% branca, 7,4% preta, 42,3% parda, 0,8% amarela ou indígena; ou seja, atualmente, 49,7% da população brasileira é composta por negros (pretos e pardos).

Considerando que, no ano de 2008, a população negra é maior que a branca, estranha o fato de o indicador acima apontar que, dos estudantes de 18 a 24 anos de idade de cor ou raça

¹⁵⁶ Recentemente, tal idéia foi difundida pelo jornalista Ali Kamel, em 2006, no seu livro *Não somos racistas*, que figurou durante semanas nas listas dos livros mais vendidos do País no mês de setembro de 2006, no mês seguinte ao seu lançamento, que foi em agosto daquele ano. (MAIS..., 2006). Neste livro, o autor nega a legitimidade das ações afirmativas, confrontando dados estatísticos que comprovam a prática da discriminação racial no Brasil, que, segundo o referido autor, são produtos de leituras estatísticas apressadas para que se possa transformar o Brasil em uma nação bicolor. E ainda sugere que o fato de o negro brasileiro viver em pior situação que o branco se deve à pobreza, e não à discriminação racial e que a forma de se contornar tal situação seria com mais educação, e não com políticas de cotas ou outras, segundo o mesmo, de caráter assistencialista.

branca, 57,9% freqüentam o ensino superior (graduação, Mestrado ou Doutorado), enquanto a porcentagem da população negra em tal situação é de 25,4%. (IBGE, 2008)¹⁵⁷

Segundo o Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil – 2007/2008 (PAIXÃO; CARVANO, 2008, p. 81), em 2006, o número total de estudantes universitários brancos era 4,03 milhões, enquanto o número de universitários negros era 1,76 milhões.

Argumentar que o problema da desigualdade social brasileira reside pura e simplesmente no problema de classes significa mascarar uma mazela social evidente, o que significa dizer que tais críticos não enxergam o óbvio, continuando a disseminar o mito da democracia racial¹⁵⁸, simplificando o problema da sociedade brasileira.

No Brasil, a discriminação racial fundamenta-se na aparência física do indivíduo¹⁵⁹. Tal afirmativa foi comprovada, recentemente, através do estudo *A Cabeça do Brasileiro*, de Alberto Carlos Almeida (2007), no qual o professor da Universidade Federal Fluminense analisou a mentalidade da população brasileira sob vários aspectos, por meio da Pesquisa Social Brasileira (PESB), realizada entre os meses de julho e outubro de 2002, com a realização de inúmeras entrevistas, em 101 municípios brasileiros, incluindo as capitais de todos os estados brasileiros, além do Distrito Federal.

A análise do “preconceito de cor ou racial no Brasil” se deu por meio de uma entrevista, quando foram exibidos aos entrevistados oito fotos de pessoas de diferentes cores, conforme a classificação do IBGE (brancos, pretos e pardos, com exceção de amarelos e índios).

Várias perguntas foram feitas aos entrevistados acerca das profissões, condições sócio-econômicas e caráter dos indivíduos das fotos, dentre elas, as seguintes:

1. Gostaria que o (a) senhor (a) dissesse qual deles parece ter mais estudo. [...]. 3. Na sua opinião, qual dessas pessoas parece ser um advogado? [...]. 7. E qual parece ser um lixeiro, varredor de rua? [...]. 10. Qual dessas pessoas parece ter menos chances, menos oportunidades na vida? 11. Qual delas parece ser a mais preguiçosa? [...]. 13. E qual parece ser a mais pobre? [...] 17. E qual parece ser mais inteligente? (ALMEIDA, 2007, p.219).

¹⁵⁷ “Isso faz com que as universidades sejam territórios brancos. Note-se que a universidade é um espaço de poder, já que o diploma pode ser um passaporte para ascensão social. É necessário democratizar o poder e, para isso, há que se democratizar o acesso ao poder, vale dizer, o acesso ao passaporte universitário. Em um país em que os afro-descendentes são 64% dos pobres e 69% dos indigentes, faz-se necessária a adoção de ações afirmativas em benefício da população afro-descendente, em especial nas áreas da educação e do trabalho.” (PIOVESAN, 2005, 51).

¹⁵⁸ A democracia racial foi difundida por Gilberto Freyre, em 1933, através do livro *Casa Grande e Senzala*, no qual o autor descreve a importância da miscigenação para a formação da população brasileira.

¹⁵⁹ Manifesta-se sobre a identidade racial brasileira a autora Maria Palmira da Silva (SILVA, 2005, p.39), a qual afirma que para a prática do racismo brasileiro, a cor da pele se constitui como identidade do indivíduo, e como tal, suficiente para que a pessoa sofra discriminação.

Quanto à pergunta de qual indivíduo parecia ser o mais inteligente, a maioria dos entrevistados (27%) apontou para aquele que apresenta maiores características de indivíduos de cor branca; 9% dos entrevistados apontaram o indivíduo com maiores características de cor negra. O mesmo ocorreu quanto à indagação sobre qual parecia ter mais anos de estudo: 31% dos entrevistados apontaram o indivíduo de pele mais clara; enquanto 6% apontaram o indivíduo de pele mais escura.

Ao se indagar qual indivíduo parecia ser advogado e qual parecia ser lixeiro/varredor de rua, as opiniões se extremaram: 25% apontaram o indivíduo mais branco como o advogado, e 3% apontaram o negro; 2% apontaram o branco como o lixeiro/varredor de rua e 21% dos entrevistados apontaram o negro. Esse resultado permitiu a Almeida (2007, p. 227) constatar que proporcionalmente à diminuição do prestígio da profissão, são mencionados os pardos e os pretos.

Merece destaque o fato de a maioria dos entrevistados apontarem o indivíduo de pele mais escura como aquele com menos chances/oportunidades na vida (36%), bem como parecer ser o mais pobre (22%)¹⁶⁰.

A partir dos resultados da pesquisa, Alberto Carlos Almeida (2007) conclui que o preconceito decorre da aparência, em razão da alteração dos percentuais entre os atributos positivos e negativos, sendo estes últimos mais associados aos pretos e pardos.

Almeida (2007) prossegue a sua pesquisa, com o intuito de analisar se “o tratamento dispensado a um negro muda quando muda o contexto social” (ALMEIDA, 2007, p. 237), ou seja, a forma como o negro é tratado altera na medida em que aumenta o seu *status*?

Vários autores, como por exemplo, Darcy Ribeiro, ao criticar a existência de democracia racial no Brasil, afirmam que a ascensão social do negro “altera a cor da sua pele”:

A característica distintiva do racismo brasileiro é que ele não incide sobre a origem racial das pessoas, mas sobre a cor de sua pele. Nessa escala, negro é o negro retinto, o mulato já é o pardo e como tal meio branco, e se a pele é um pouco mais clara, já passa a incorporar a comunidade branca.; acresce que aqui se registra, também, uma branquização puramente social ou cultural. É o caso dos negros que, ascendendo

¹⁶⁰ “Nos demais atributos negativos, mais uma vez, detectou-se a força do preconceito. Os brancos estão sempre melhor do que pardos e pretos. Nos atributos pobreza e malandragem, a diferença entre pardos e pretos é insignificante. Os pretos são os considerados os que têm menos oportunidades na vida, e os pardos, os que mais se parecem com um criminoso. Particularmente nesse quesito, o resultado é revelador: o número de brasileiros que acham que os pardos são os que mais se parecem com um criminoso é três vezes maior do que o número dos que acham isso dos brancos. O que está longe de ser uma discriminação estatística, pois não há evidências factuais que sustentem que há mais criminosos pardos do que brancos ou pretos”. (ALMEIDA, 2007, p. 230).

socialmente, com êxito notório, passam a integrar grupos de convivência dos brancos, a casar-se entre eles e, afinal, a serem tidos como brancos. A definição brasileira de negro não pode corresponder a um artista ou a um profissional exitoso.; exemplifica essa situação o diálogo de um artista negro, o pintor Santa Rosa, com um jovem, também negro, que lutava para ascender na carreira diplomática, queixando-se das imensas barreiras que dificultavam a ascensão das pessoas de cor. O pintor disse, muito comovido: “Compreendo perfeitamente o seu caso, meu caro. Eu também já fui negro”. (RIBEIRO, 1995, p.225).

Recentemente, o argumento de que o negro que ascende socialmente não sofre preconceito, tendo em vista que a discriminação no Brasil se dá em virtude da classe social, e não da cor, é defendido pelo jornalista Ali Kamel. A este tipo de discriminação, Kamel denomina “classismo” (KAMEL, 2006, p. 101), afirmando ainda que:

O negro que dirige um carro de luxo e é confundido com um motorista, e, por isso, maltratado, é mais vítima de ‘classismo’ do que de racismo. Uma vez desfeito o mal-entendido, um tapete vermelho se estende para a vítima. Em outros países, o negro, mesmo rico, continuaria a ser discriminado, dirigindo um fusca ou um Mercedes. Isso não torna o ‘classismo’ menos odioso que o racismo. São sentimentos igualmente repulsivos, como toda forma de preconceito. (KAMEL, 2006, p.101).

Com o objetivo de analisar a veracidade desta teoria, Almeida (2007) procedeu a uma pesquisa com a apresentação de fotos aos entrevistados. Inicialmente, foram apresentadas as fotos de um homem pardo típico (tendo em vista ser o pardo a cor intermediária entre o branco e o preto), sendo que, em uma delas, ele estava vestido de mecânico e, na outra, o mesmo homem vestia terno e gravata. As perguntas foram, respectivamente: “Gostaria que o(a) senhor(a) olhasse a foto desse mecânico de carro e dissesse se essa pessoa é branca, parda ou preta. [...]. Gostaria que o(a) senhor(a) olhasse a foto desse advogado e dissesse se essa pessoa é branca, parda ou preta.” (ALMEIDA, 2007, p. 238). Se os entrevistados afirmassem que o mecânico era negro ou que o advogado era branco, a teoria acima de que a cor altera na medida em que altera a posição do indivíduo na sociedade estaria correta.

O resultado obtido na pesquisa demonstrou que a cor da pele não se torna irrelevante ao se considerar o *status* da pessoa, tendo em vista que a proporção de entrevistados que classificaram o homem como “pardo” foi praticamente a mesma: “Surpreendentemente, o advogado é mais identificado como preto do que o mecânico. As diferenças nas porcentagens de “branco” e de “preto” são irrelevantes do ponto de vista estatístico (9% e 16% para preto e 14% e 7% para branco.” (ALMEIDA, 2007, p. 243). O que permitiu a Almeida (2007) concluir que o contexto social em que uma pessoa se encontra não altera a forma como os brasileiros enxergam a cor da sua pele.

Ainda com o intuito de analisar a tese de a discriminação no Brasil se dar pela classe social, a PESB apresentou aos entrevistados fotos com a combinação de três características pessoais: cor, profissão e origem regional (respectivamente, branco, pardo e preto; advogado, professor do ensino médio e mecânico; nordestino e não-nordestino); perguntando-lhes: “Se o(a) senhor(a) não tem filha, eu gostaria que o(a) Sr. (a) imaginasse que uma filha sua fosse escolher um desses homens para se casar. Com qual o(a) Sr.(a) gostaria que sua filha se casasse?” (ALMEIDA, 2007, p. 246). Segundo o Alberto Carlos Almeida, tal pesquisa torna possível avaliar:

[...] as percepções pelo modo como estamos a ver com maior frequência. [...]. Se alguém prefere que sua filha venha a se casar com um branco e não com um pardo, será este o primeiro passo para induzir a moça, ou outras pessoas de seu relacionamento pessoal, a se comportar de acordo. (ALMEIDA, 2007, p. 246).

A pesquisa demonstrou que 43% dos entrevistados responderam que preferiam que a filha se casasse com o branco, mecânico de carro; 15% com o pardo, mecânico de carro e 27%, com o preto, professor do ensino médio; 15% dos entrevistados respondeu que tanto faz, qualquer um. A conclusão do pesquisador (ALMEIDA, 2007) foi que, independentemente da profissão ou origem regional da pessoa, na média, os brancos são preferidos na escolha de um marido para uma filha. Os resultados acima também permitiram que Almeida (2007) afirme que, no Brasil, a maior vítima do preconceito é o pardo, e não o preto. A pesquisa também demonstrou que o preconceito é reduzido conforme a ascensão social, mas, ainda assim, as pessoas são vistas conforme a cor que têm, não sendo coerente a afirmação de que, no Brasil, a discriminação se dá pela classe social e não pela cor.

Em visita ao Brasil, entre os dias 17 e 26 de outubro de 2005, o relator especial do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Sr. Doudou Diène, concluiu que a discriminação racial, nos últimos cinco séculos, não só está profundamente enraizada no Brasil, como influencia toda a estrutura da sociedade, assim como a falta de representatividade e de identidade cultural dos negros brasileiros, uma vez que sua religião é transformada em folclore, forma encontrada para disfarçar o racismo e a discriminação

(DIÈNE, 2005)¹⁶¹. O relator do PNUD ainda reconheceu a necessidade de adoção de medidas para diminuir e eliminar o racismo da sociedade brasileira¹⁶².

Nesse diapasão, Dworkin oferece mais uma justificativa para a legitimidade das ações afirmativas, bem como fundamenta a utilização do critério raça na inclusão social. Fundamenta-se:

A discriminação racial expressa desprezo, e é profundamente injusto e prejudicial ser condenado pelas características naturais; a discriminação racial é, sobretudo, destruidora da vida de suas vítimas – não lhes rouba uma ou outra oportunidade que esteja acessível a outrem, mas os prejudica em quase todas as perspectivas e esperanças que possam imaginar. Em uma sociedade racista, as pessoas são de fato rejeitadas pelo que são e é, portanto, natural que as classificações raciais sejam encaradas como capazes de infligir um tipo de danos (*sic*) especial. Seria, contudo, cruel desaprovar o uso de tais classificações para combater o racismo, que é a verdadeira e constante causa de tais danos. O caráter psicológico especial da raça não é um fato fixo ao qual as políticas devam sempre respeitar. É um produto e sinal do racismo, e não se deve permitir que proteja o racismo que o gerou. (DWORKIN, 2005, p. 577).

À afirmação de que as vagas deveriam ser oferecidas aos alunos pobres, em vez de negros, tendo em vista que há muitos negros com boas condições de vida, Dworkin (2005) responde que a inserção de pobres, em vez de negros, não seria suficiente para satisfazer a diversidade racial pretendida, justamente em razão da cor ser determinante para codificar um indivíduo e a ele serem associados “estereótipos, desconfianças, temores e ódios” (DWORKIN, 2005, p. 571). Isso porque o preconceito que se pretende combater é o racial. E não vê o autor norte-americano problema de um programa de cotas beneficiar negros ricos, pois acredita ser fundamental a admiração e conhecimento entre negros e brancos: “se alguns negros não tiverem a classe, a cultura ou outras características que lhes sejam associadas por estereótipos, é óbvio que isso aumenta, em vez de destruir, as vantagens da diversidade racial.”¹⁶³ (DWORKIN, 2005, p. 571)¹⁶⁴.

¹⁶¹ Nesta oportunidade, segundo o relatório (DIÈNE, 2005), o presidente da República Federativa do Brasil, Luís Inácio Lula da Silva, reconheceu a existência do racismo no Brasil, ainda que de forma velada, bem como reconheceu a necessidade de extirpá-lo do cotidiano e da mentalidade de população brasileira.

¹⁶² As quais serão vistas no tópico seguinte, quando será tratado a implementação das ações afirmativas no Brasil.

¹⁶³ Neste trabalho pretendemos analisar qual seria o melhor tipo de ação afirmativa aplicável às peculiaridades da sociedade brasileira.

¹⁶⁴ Importante destacar que a análise de Dworkin da exclusão racial norte-americana se apresenta como inteiramente aplicável ao Brasil, pugnando o autor pela continuidade das ações afirmativas, afirmando, ao analisar a sociedade norte-americana, que: “Em todas as dimensões nas quais nossa sociedade está estratificada – renda, riqueza, poder, prestígio e autoridade – os negros estão sub-representados nos níveis mais altos, e a estratificação racial *de facto* resultante é uma vergonha duradoura, um desperdício e um perigo” (DWORKIN, 2005, p. 568). Embora no Governo Lula muitos negros ocuparam/ocupem cargos de destaque (por exemplo, Joaquim Barbosa Gomes (STF); Benedita da Silva (Ministério da Assistência e Promoção Social); Gilberto Gil

Dworkin, considerando que as ações afirmativas visam a mudanças futuras e, em razão da sua justificativa distributiva para as ações afirmativas, conclui pela possibilidade de se incluir o fator raça/cor nos processos seletivos, tendo em vista o aumento da diversidade do corpo discente:

Assim, a ação afirmativa, ao tentar realizar qualquer uma das duas metas, ou ambas, da diversidade estudantil e justiça social, não compromete em hipótese alguma o princípio de que só se devam conceder vagas com base nas qualificações legítimas e apropriadas. Nenhum aluno tem direito a uma vaga na universidade devido a realizações passadas ou virtudes, talentos ou outras qualidades inatas: só se devem julgar os alunos pela probabilidade de contribuição que cada um deles, em combinação com outros selecionados pelos mesmos critérios, fará para as diversas metas que a instituição escolheu legitimamente. Não estou dizendo (como alguns críticos vêm acusando os defensores da ação afirmativa de supor) que a cor negra seja em si uma virtude ou aspecto de mérito. É, não obstante, uma qualificação no sentido que venho descrevendo. Não se considera a altura de uma pessoa uma virtude ou mérito. Mas a pessoa alta pode, exatamente por esse motivo, estar melhor capacitada para contribuir, em uma quadra de basquete, para uma das metas tradicionais da universidade e, da mesma maneira, embora por motivos mais lastimáveis, o negro pode, por esse motivo, estar mais habilitado para contribuir em outras metas, na sala de aula, no alojamento e no decorrer da sua carreira posterior. (DWORKIN, 2005, p. 572-573).

Outra crítica amplamente utilizada contra as ações afirmativas, direcionada, principalmente, ao sistema de cotas é a que se funda no argumento de que o Governo deveria preocupar-se em melhorar o sistema educacional do País como um todo, e não resolver de forma paliativa um problema de bases mais profundas. Tal crítica é o principal argumento da população em geral contra as ações afirmativas, por isso merece maior atenção. Decorre desse argumento a afirmação de que as ações afirmativas podem ter como conseqüência o declínio no nível educacional das universidades, tendo em vista a recepção de alunos pouco preparados para a vida acadêmica¹⁶⁵.

(Ministério da Cultura); Matilde Ribeiro (SEPPIR), substituída por Edson Santos, o que se observa na sociedade brasileira é a ausência da população negra nas diretorias e presidências de empresas, bem como os detentores das maiores titulações acadêmicas (doutorado e pós-doutorado) não são negros (o que se pode constatar com a simples observação do corpo docente de qualquer universidade).

¹⁶⁵ Dworkin (2005) analisa a pesquisa *The shape of the river*, na qual se pergunta se as oportunidades oferecidas aos negros não seriam desperdiçadas, vez que seria melhor que estudassem em escolas menos exigentes, em razão de estatísticas que apontaram maior percentagem de evasão dos negros (66%), se comparada à dos alunos brancos (43%). O autor comprova que há uma manipulação das estatísticas a favor de argumentos contra as cotas. Tais dados devem ser interpretados com cautela, pois o número de brancos é muito maior que o número de negros, o que significa que os 43% de brancos evadidos represente um número muito maior de evasão escolar se comparado aos 66% dos negros, o que leva a crer que as ações afirmativas não são a causa do fenômeno. Dworkin fornece como uma das justificativas para a evasão dos negros a situação financeira dos mesmos. Porém, verifica-se que, nas escolas mais exigentes, o índice de formandos negros é mais alto do que nas escolas menos exigentes, o que se justifica pelo incentivo que as mesmas dão à pesquisa, fornecendo bolsas de estudo e melhores condições para o aluno. “Tais escolas [mais exigentes] também têm recursos para criar programas de ‘orientação’ e outros para ajudar os negros, com formação anterior menos adequada em estudos e capacitação

Os adeptos desse argumento equivocam-se na medida em que raciocinam como se a instituição das ações afirmativas fosse excludente de quaisquer outras políticas no sentido de melhoria da Educação. Os defensores das ações afirmativas não excluem a melhoria do ensino fundamental e médio das escolas públicas do País. Se assim fosse, desnecessário seria também o ProUni, que concede bolsas para alunos oriundos de escolas públicas nas universidades privadas, pois a melhoria da educação fundamental e média possibilitaria a esses estudantes ser aprovados nos vestibulares das universidades públicas.

As ações afirmativas, como visto acima, objetivam realizar o pluralismo, a diversidade, respeitando as diferenças em prol da igualdade, possibilitando-se assim que parcela excluída da população tenha acesso ao ensino superior de qualidade. Tal realização não implicará a desobrigação do Governo de melhorar o ensino fundamental e médio a todos, mas se apresenta como mais uma alternativa para tentar se alcançar o avanço da população no que tange à educação como um todo. Resumindo: as ações afirmativas não retiram do governo a responsabilidade de melhorar a Educação, pelo contrário, se houvesse ensino de qualidade disponível a todos os brasileiros, desnecessária seria a instituição de tais ações.

O que se verifica, conforme as estatísticas demonstraram, é que o ensino de pior qualidade é o que esteve sempre disponível à população negra e pobre e a melhoria da Educação, a partir de agora, de nada servirá para aqueles que estão terminando ou terminaram o ensino médio no ano passado, vez que a chance de os mesmos passarem no vestibular com o ensino que tiveram é mínima.

No Brasil, contra tal argumento começam a aparecer os primeiros resultados do desempenho de alunos beneficiados pelas ações afirmativas. Em avaliação realizada pela Universidade de Brasília (UnB), divulgada pela Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR), em setembro de 2008, na qual se comparou o desempenho entre alunos cotistas e não-cotistas, demonstrou-se que os primeiros obtiveram desempenho superior.

Numa escala de 0 a 5, os cotistas alcançaram em média um coeficiente de rendimento de 3,9, contra 2,3 dos não-cotistas. A média de trancamento entre os cotistas é de 0,5, contra 1,0 dos não cotistas. E as reprovações entre os cotistas alcançam 1,5, contra 3,5 dos demais¹⁶⁶. (BRASIL, 2008).

para pesquisas, a alcancarem o nível exigido, e o estudo demonstra o valor dessa ajuda em outras maneiras.” (DWORKIN, 2005, p. 556). Poderíamos pensar nessa aplicação no Brasil, tendo em vista a qualidade da educação pública de base.

¹⁶⁶ Devem-se analisar os dados com cautela, tendo em vista que, atualmente, a UnB possui corpo discente na graduação formado por 19.583 alunos, dos quais 2.332 são beneficiários oriundos do Sistema de Cotas para

Finalmente, resta-nos analisar a crítica direcionada à dificuldade de implementação das ações afirmativas, tendo em vista a impossibilidade de se classificar quem é negro no Brasil. Apóia-se tal crítica no reconhecimento científico da inexistência de raças¹⁶⁷, questiona-se se as ações afirmativas não acirrarão a necessidade de divisão da sociedade em raças, tendo em vista considerar tal fator para se conceder benefícios a determinado grupo discriminado.

Negar o racismo pelo simples fato de não ser cientificamente correto o conceito biológico de raças é tão absurdo como negar que houve o Nazismo (ideologia que pregava que a raça ariana era a raça superior) pelo simples fato de não se ter comprovado cientificamente que a raça ariana é superior. A constatação biológica da inexistência de um fato não impede que o mesmo seja utilizado para provocar e difundir preconceitos sociais.

Considerado tal critério, a crítica insiste na dificuldade de classificação do negro no Brasil. Tendo em vista sermos um País mestiço, quais são os negros brasileiros que devem se beneficiar das políticas de ações afirmativas? É o que se buscará responder quando do estudo da implementação das ações afirmativas.

Alberto Carlos Almeida (2007) verifica as inúmeras notícias veiculadas a respeito de brancos que se autodeclaram pretos ou pardos visando a se beneficiar das cotas. Para analisar a veracidade de tais argumentos, a pesquisa Social Brasileira realizou um questionário no qual foram perguntados aos candidatos: 1. Qual era a sua raça. 2. Qual dos termos descreveria melhor a cor ou raça do entrevistado considerando os termos utilizados pelo IBGE: preto, pardo, branco, amarelo e índio.

As mesmas perguntas foram feitas aos entrevistados, porém, antes, leu-se o seguinte texto, que seria uma pergunta-estímulo para cotas:

Negros, o que, em porcentagem, representa 11,9% do corpo discente (BRASIL, 2008). O que nos leva a concluir que o índice de truncamento dos cotistas ainda é alto, quando comparado ao dos não-cotistas, o que deve ser observado, vez que a intenção das ações afirmativas é que os alunos beneficiados se formem. A universidade deve estar atenta para o alcance de meios para que os estudantes consigam alcançar tal êxito.

¹⁶⁷ Ali Kamel (2006) utiliza como um dos seus argumentos em desfavor das ações afirmativas a constatação de que as raças não existem, tendo em vista pesquisas genéticas: “O genoma humano é composto de 25 mil genes. As diferenças mais aparentes (cor da pele, textura dos cabelos, formato do nariz) são determinadas por um conjunto de genes insignificamente pequeno se comparado a todos os genes humanos. Para ser exato, as diferenças entre um branco nórdico e um negro africano compreendem apenas uma fração de 0,005 do genoma humano. Por essa razão, a imensa maioria dos geneticistas é peremptória: no que diz respeito aos homens, a genética não autoriza falar em raças. Segundo o geneticista Craig Venter, o primeiro a descrever a seqüência do genoma humano, ‘raça é um conceito social, não um conceito científico.’ (KAMEL, 2006, p.45). O que o autor parece ignorar é o fato de ser o conceito social de raça o que gera as desigualdades, justamente diante da certeza de inexistir distinção racial sob o ponto de vista científico.

- O tema cor e raça é muito importante no Brasil. O governo já está fazendo reserva de vagas em empregos públicos para negros, porque eles têm tido menos oportunidades do que os brancos em conseguir bons empregos. Antes dessa mudança, para conseguir empregos públicos as pessoas faziam os mesmos testes ou concursos, e as que tinham os melhores resultados conseguiam o emprego. Agora os negros têm garantido alguns bons empregos públicos, mesmo que seus resultados nos testes e concursos não sejam os melhores. (ALMEIDA, 2007, p. 265).

Quanto à pergunta aberta sobre a cor ou a raça, 45% dos entrevistados se declararam brancos sem a pergunta estímulo para cotas, enquanto 42% se declararam brancos com a pergunta estímulo para cotas. Quando perguntados de forma fechada, com opções de resposta conforme a classificação do IBGE, tal percentual foi de 46%, sem estímulo, e de 44%, com estímulo, o que, se considerada a margem de erro estatística (4%), indica o mesmo percentual antes obtido, possibilitando a Almeida afirmar que “os episódios narrados pela imprensa, sempre com muita repercussão junto ao público, são fatos isolados” (ALMEIDA, 2007, p. 266).

Pudemos ver que as críticas¹⁶⁸ contra as ações afirmativas não são bem fundamentadas, o que não significa que não se deve ter cautela quando da implementação de tais políticas. De todo modo, não se pode negar a necessidade urgente de políticas de inclusão social no Brasil como forma de combate às desigualdades no nosso País. O que não pode haver é o descarte das ações afirmativas, tendo em vista o objetivo a que as mesmas se

¹⁶⁸ Gomes (2003) trata também de outras três críticas: a de que as ações afirmativas não respeitariam o mérito individual; a de que o Governo estaria invadindo sobremaneira a seara privada com esses tipos de exigências; bem como a de que os reais beneficiários das ações afirmativas seriam aqueles que não sofrem com a discriminação, por possuírem melhor colocação social, ou seja, os negros e pobres acabariam não se beneficiando com as ações afirmativas. A respeito das críticas que se fundamentam no desrespeito ao mérito individual, rebate Sales Augusto dos Santos: “Faz-se necessário saber de quem é o mérito. Será que daqueles estudantes que tiveram todas as condições normais de cursar os ensinos fundamental e médio e passaram no vestibular ou daqueles que, apesar das barreiras raciais e de outras adversidades em sua trajetória, conseguiram concluir o ensino médio e também estão aptos a cursar uma universidade? Devemos considerar somente o mérito de chegada, aquele que se vê ou se credita somente no ‘cruzamento da linha de chegada’, na aprovação do vestibular? Ou devemos considerar também o mérito de trajetória, aquele que se computa durante a vida escolar dos estudantes, que leva em consideração as facilidades dos alunos para concluírem os seus estudos?[...] Nestas condições, seria plausível afirmar que os alunos das escolas públicas que conseguem passar no vestibular de uma universidade do porte da UNB são muito talentosos ou, se se quiser, têm mais méritos do que os alunos das escolas privadas, ante a trajetória escolar daqueles.” (SANTOS *apud* BELLINTANI, 2006, p. 96). Ainda na discussão de que as ações afirmativas não levam em consideração o mérito individual, Dworkin fornece uma interpretação da cláusula da igual proteção, prevista no direito americano: “Não há transgressão à cláusula da igual proteção quando algum grupo perde uma decisão importante sobre os méritos do caso ou por intermédio da política, mas quando sua perda resulta de sua vulnerabilidade especial ao preconceito, à hostilidade ou aos estereótipos e à sua conseqüente situação diminuída – cidadania de segunda classe – na comunidade política. A cláusula não garante que todos os cidadãos terão benefícios iguais em todas as decisões políticas; ela lhes garante somente o tratamento igualitário – com igual consideração e respeito em deliberações e processos políticos que resultem em tais decisões.” (DWORKIN, 2005, p. 584).

propõem, qual seja, promoção da diversidade racial, de um convívio mais harmonioso entre pessoas que, hoje, dificilmente interagem, e de realização da igualdade substancial¹⁶⁹.

3.5. Implementação das ações afirmativas

Neste tópico, analisar-se-á de que forma as ações afirmativas podem ser executadas no Brasil, levando-se em consideração as peculiaridades da população brasileira.

É necessário que se tenha em mente o caráter temporário das ações afirmativas, ou seja, as ações afirmativas devem perdurar enquanto houver discriminação racial e enquanto a diversidade racial nas universidades for diminuta¹⁷⁰. Cumprido o objetivo a que se propõem, não mais as ações afirmativas serão necessárias.

Conforme visto acima, as ações afirmativas não se restringem à política de cotas, porém, estas últimas se apresentam como um dos mecanismos mais importantes de desenvolvimento das ações afirmativas. A política de cotas seria a reserva de um percentual de vagas aos negros, que concorreriam entre si a essas vagas¹⁷¹. As cotas são as ações afirmativas que mais recebem críticas, conforme visto no tópico anterior, sendo necessário, para sua implementação, enorme cuidado, com vistas a não infringir o princípio da igualdade e adaptar tais políticas da forma mais adequada à realidade brasileira¹⁷².

¹⁶⁹ Dworkin (2005), avaliando as críticas direcionadas às ações afirmativas, conclui que tais ações não são contraproducentes, tampouco injustas: “[...] não temos motivo para proibir a ação afirmativa universitária, como arma contra nossa deplorável estratificação racial, exceto nossa indiferença ao problema, ou nossa ira petulante por ela não ter desaparecido sozinha.” (DWORKIN, 2005, p. 579).

¹⁷⁰ Tratando-se aqui de ações afirmativas no âmbito da Educação, visto que também pugna-se pelas cotas para negros no serviço público, no mercado de trabalho e na aparição em programas e comerciais de televisão.

¹⁷¹ Importante destacar a diferença dos sistemas seletivos para ingresso nas faculdades/universidades americano e brasileiro: grande parte das faculdades americanas (Dworkin (2005) noticia as escolas integrantes da base de dados C&B (College & Beyond), dentre elas, para exemplificar, Columbia, Duke, Michigan, Princeton, Universidade da Pensilvânia, Universidade de Washington, Yale) selecionam seus alunos com outros métodos que não o vestibular, baseado, sobretudo, em questionários que avaliam a propensão de pesquisa, prática de esportes, ser filho de ex-alunos (“hereditariedade”) (DWORKIN, 2005, p. 571), além de considerar as notas obtidas no ensino médio, SAT (exame seletivo), etc., além da raça do candidato. No Brasil, o sistema seletivo para ingresso nas universidades públicas é, predominantemente, o vestibular, que consiste na aplicação de provas que avaliam os conhecimentos adquiridos durante o ensino fundamental e ensino médio.

¹⁷² Almeida (2007) propõe a extensão do sistema de cotas aos brancos nordestinos, tendo constatado em sua Pesquisa Social Brasileira (citada no tópico anterior) que “ser nordestino (ainda que branco) pode ser uma barreira importante para a melhoria de vida” (ALMEIDA, 2007, p. 233), quando compara a avaliação preconceituosa que a população faz do branco nordestino e do branco não-nordestino.

As cotas fixas¹⁷³ consistem na reserva de um número ou percentual determinado de vagas aos representantes das minorias, tal qual é feito no Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (Lei 8.112/90 – art. 5º, §2º), em que se reserva 20% das vagas dos concursos públicos para portadores de deficiência.

É o sistema atualmente adotado em várias universidades brasileiras¹⁷⁴, sendo passível de críticas dos autores que defendem a realização de ações afirmativas no Brasil, tais como Cruz (2005), para quem tais programas têm se apresentado como “quotas cegas” (CRUZ, 2005, p. 208) e Gomes (2001).

Este sistema fora questionado no caso norte-americano *Bakke (Regents of The University of California v. Bakke)* (438 U.S 265 – 1978). Caso emblemático da Suprema Corte dos Estados Unidos no que tange à implementação das ações afirmativas com o questionamento da constitucionalidade da reserva de vagas a alunos negros e de outras minorias étnicas. A Universidade da Califórnia reservava dezesseis vagas do seu curso de Medicina a alunos negros e de outras minorias, o que foi questionado pelo branco *Allan Bakke*, quando o mesmo fora rejeitado para as vagas restantes, mesmo obtendo notas altas.

O referido estudante, alegando lesão aos seus direitos constitucionais, teve o seu ingresso na Universidade assegurado pelo Supremo Tribunal da Califórnia que, na decisão, proibiu que a raça fosse utilizada como critério de admissão naquela universidade. A Universidade recorreu à Suprema Corte, que ratificou o ingresso de *Allan Bakke*, reconhecendo, todavia, a constitucionalidade das ações afirmativas, desde que não se estipulassem cotas fixas para minorias, mas o critério racial fosse apenas um dentre outros, bem como as ações afirmativas fossem utilizadas para aumentar a diversidade racial.

Dworkin apresenta a distinção entre o sistema de cotas fixas e sistemas mais flexíveis de implementação das ações afirmativas deixando claro que, no que tange ao atendimento da justiça social, bem como superação de fortes críticas às ações afirmativas, como por exemplo, de que aumentariam o ódio racial ou de que não levam em consideração o mérito, etc., a

¹⁷³ Explica Sales Augusto dos Santos: “Cota fixa é uma outra técnica de implementação das ações afirmativas, onde se reserva, num processo de competição por bens sociais, uma porcentagem das vagas para determinado grupo social competir somente com os membros deste grupo de pertença. Portanto, num processo seletivo, um determinado número de vagas fica garantido antecipadamente para os membros de um determinado grupo social que foi contemplado por esse tipo de ação afirmativa.”(SANTOS, 2003, p.89).

¹⁷⁴ Alguns programas de ações afirmativas em universidades brasileiras adotam o mesmo sistema, para tanto ser-lhes-á dedicado capítulo próprio com maior detalhamento dos mesmos.

execução mais flexível das ações afirmativas é preferível ao sistema de cotas fixas¹⁷⁵, embora o autor reconheça a constitucionalidade também deste último:

Na verdade, há importantes diferenças entre o tipo de programa de ação afirmativa por “quotas” – que reserva vagas apenas para “minorias” – e planos mais flexíveis que fazem da raça um fator, mas apenas um fator, na composição de todas as vagas. Mas essas diferenças são administrativas e simbólicas. Um programa flexível provavelmente é mais eficiente, a longo prazo, porque permitirá que a instituição aceite menos que a meta aproximada de candidatos de minorias quando o grupo total de candidatos for menor, e mais quando for maior. Certamente, é melhor simbolicamente, por várias razões. Reservar um programa especial para candidatos de minorias – oferecendo um caminho separado pelo qual eles, e apenas eles, possam entrar – preserva a estrutura, embora, é claro, não o propósito, de formas clássicas dos sistemas de casta e do *apartheid*, e parece denegrir os candidatos de minorias enquanto os ajuda. Os programas flexíveis enfatizam, por outro lado, que os candidatos de minorias bem sucedidos foram julgados mais valiosos, de modo geral, como estudantes que os candidatos brancos com quem competiram diretamente. (DWORKIN, 2005b, p. 461).

Bellintani (2006) classifica as cotas em rígidas e flexíveis. As rígidas seriam aquelas conforme os conceitos e definição acima tratados: a reserva de vagas para indivíduos socialmente discriminados única e exclusivamente pelo motivo de sua discriminação, ou seja, reservam-se vagas aos negros apenas pelo fato de serem negros e, como tais, discriminados.

Cotas flexíveis, no entanto, além de reservar percentual de vagas para grupos socialmente discriminados, admitem outras características do indivíduo na reserva dessas vagas, ou seja, ser negro, ser mulher, ser deficiente, não são suficientes para os indivíduos beneficiarem-se das cotas. Há necessidade de outros elementos, por exemplo, pertencer a determinada classe social, dentre outros, o que implica maior aceitação destas se comparadas com aquelas. As cotas flexíveis são a modalidade de ação afirmativa utilizada pelo PROUNI, que será tratado em tópico específico.

Outra forma de instituir as ações afirmativas é por meio do sistema de preferências, segundo o qual as peculiaridades do grupo minoritário são levadas em consideração como critério de desempate, ou seja, os indivíduos concorrem em igualdade de condições, mas, em caso de empate, prefere-se um a outro, em razão de sua pertença a determinado grupo social discriminado, visando à pluralidade.

Também constituem sistemas de preferências as ações afirmativas já adotadas nos Estados Unidos por meio de contratos da Administração Pública. Dessa forma, o Governo pode preferir contratar com empresas que mantenham em seus quadros maior diversidade

¹⁷⁵ Embora também pensemos que o sistema de cotas fixas não é o mais justo nem o mais eficiente na inclusão social do negro brasileiro, é importante que se questione por que a sociedade tende a aceitar sem resistência a instituição de cotas fixas em se tratando de pessoas portadoras de deficiência.

étnica ou racial, destacando Gomes (2001) o poder de barganha do Estado na execução das ações afirmativas nessa modalidade.

O estabelecimento de ações afirmativas por meio de contratos com a Administração Pública teve início com a *Executive Order* 11.246/65, do Presidente Lyndon B. Johnson, pela qual ficou estatuído que o Estado somente contrataria com empresas que integrassem nos seus quadros candidatos pertencentes às minorias, bem como oferecessem aos mesmos possibilidades reais de ascensão em sua carreira.

As ações afirmativas também podem se desenvolver por meio de incentivos fiscais e pela distribuição de recursos pelo Estado. Assim, o Estado concederia benefícios fiscais às empresas que adotassem ações afirmativas, incentivando os particulares à concretização da pluralidade pretendida no Estado Democrático. É o que defende o Juiz Federal Américo Bedê Freire Júnior:

A empresa, então, que tiver determinado percentual de determinada categoria que sofreu discriminação terá um benefício fiscal. Ora, se a Constituição autoriza a adoção de isenções fiscais para a redução das desigualdades regionais, com muito mais razão é constitucional a adoção de isenções para diminuir as desigualdades vivenciadas pelos cidadãos brasileiros.

Outra vantagem do regime é que a empresa precisaria manter esses percentuais de funcionários beneficiários sob pena de, se assim não proceder, não ter condições de continuar a usufruir da isenção. [...]

É importante destacar que essas ações precisam ser transitórias, posto que apenas tentam corrigir distorções já existentes. Paralelamente a essas políticas é preciso uma reeducação social que viabilize, num futuro não muito distante, o fim dessas exclusões étnicas, raciais ou de gênero, etc. (FREIRE JÚNIOR, 2003).

Quanto à condição de distribuição de recursos, o Estado poderia atentar para instituições educacionais, ressaltando novamente Gomes (2001) o poder de barganha que o mesmo dispõe, ou seja, as universidades que recebam recursos públicos devem adotar políticas de ações afirmativas. É o que ocorre nos Estados Unidos, por meio das chamadas “*spending clauses*” adotadas no Estatuto dos Direitos Cívicos (1964). Tendo em vista que as universidades americanas são controladas pelos governos estaduais, o governo federal nelas interfere condicionando a distribuição dos recursos públicos à adoção de programas de inclusão social tanto no corpo docente, quanto no corpo discente¹⁷⁶.

Outra maneira de estabelecimento das ações afirmativas é por meio do resgate da História e da valorização das populações minoritárias, como forma de resgate da auto-estima

¹⁷⁶ “Ainda nesse domínio, necessário se faz ressaltar a existência de uma lei americana intitulada “*Public Works Employment Act*”, sob a rubrica da qual o governo federal deve reservar dez por cento de todo o dispêndio com contratos de obras públicas para a contratação de empresas cujo controle acionário esteja na mão das minorias historicamente discriminadas, tais como índios, negros e hispânicos.” (BELLINTANI, 2006, p. 71).

e da autoconfiança da população negra. Essas medidas atendem ao artigo VII da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, que preceitua:

Art. VII: Os Estados Partes comprometem-se a tomar medidas imediatas e eficazes, sobretudo no campo do ensino, educação, cultura e informação, para lutar contra preconceitos que conduzam à discriminação racial e para favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre nações e grupos raciais e étnicos, bem como promover os objetivos e princípios da Carta das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e da presente Convenção. (ONU, 2008)

Tal ação foi colocada em prática no Brasil, por meio da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/1996, alterada pela Lei 10.639/2003, recém-modificada pela Lei 11.645/2008), a qual torna obrigatória a temática "História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena", no currículo oficial da Rede de Ensino.

Art. 26-A. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, torna-se obrigatório o estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena.

§1º O conteúdo programático a que se refere este artigo incluirá diversos aspectos da história e da cultura que caracterizam a formação da população brasileira, a partir desses dois grupos étnicos, tais como o estudo da história da África e dos africanos, a luta dos negros e dos povos indígenas no Brasil, a cultura negra e indígena brasileira e o negro e o índio na formação da sociedade nacional, resgatando as suas contribuições nas áreas social, econômica e política, pertinentes à história do Brasil.

§2º Os conteúdos referentes à história e cultura afro-brasileira e dos povos indígenas brasileiros serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de educação artística e de literatura e história brasileiras¹⁷⁷.

Nesse diapasão, também ganha destaque a inclusão no calendário escolar do dia 20 de novembro como "Dia da Consciência Negra". *In verbis*:

Art. 79-A. (VETADO)

Art. 79-B. O calendário escolar incluirá o dia 20 de novembro como "Dia Nacional da Consciência Negra".

A História oficial brasileira sempre reservou aos negros o papel dos escravos sofridos, subestimando, reduzindo e até ocultando a participação dos negros nos acontecimentos históricos do Brasil, o que se apresenta como prejuízo aos estudantes negros, que não reconheciam a importância do seu papel na construção do nosso País. Pode-se dizer que a

¹⁷⁷ Esta lei ainda não alcançou o resultado esperado, embora o Ministério da Educação (MEC) tenha capacitado 40 mil professores, conforme avaliação de Leonor Araújo, coordenadora-geral de Diversidade e Inclusão do MEC. Ela afirma que: "Não houve um planejamento. Só algumas escolas públicas, em razão de professores interessados, adotaram a lei. As particulares nem sequer discutiram a temática." (ACAYABA; REIS, 2008).

história é mal contada: a abolição da escravatura é relatada como algo repentino com isenção total da participação dos escravos, vista como atitude generosa única e exclusiva dos brancos, embora, hoje, se reconheça a importância da luta negra para o seu acontecimento¹⁷⁸.

O reconhecimento de “heróis” nacionais da raça negra ou de outras raças que tiveram importância na História brasileira também tem se mostrado importante ação na consagração da pluralidade na sociedade brasileira, valendo destacar o Projeto “A Cor da Cultura”, em parceria da SEPPIR com entidades privadas. Para exemplificar, destacamos os seguintes, dentre vários: Aleijadinho (1730-1814), filho de uma escrava com seu senhor, é considerado o maior artista brasileiro do Século XVIII; Carolina Maria de Jesus (1914-1977), negra, catadora de papel, autora do diário “*Quarto do Despejo*”, *best seller* da Literatura Nacional, expoente do Pós-Modernismo brasileiro; Castro Alves (1847-1871), poeta abolicionista; Chiquinha Gonzaga (1847-1935), pianista brasileira com papel destacado no movimento abolicionista nacional; o mulato Machado de Assis (1839-1908), o qual, no centenário de sua morte, dispensa quaisquer comentários.

A criação de órgãos governamentais específicos para políticas voltadas aos grupos minoritários também se mostra como importante política de inclusão social. No âmbito federal, destaca-se a Secretaria Especial de Políticas e Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR), secretaria esta componente da estrutura da Presidência da República. A criação de órgão destinado à população negra foi seguida pelo Estado de Minas Gerais, com o Conselho Estadual de Participação e Integração da Comunidade Negra (CCN/MG), e pelo Município de Belo Horizonte, através da Coordenadoria para Assuntos da Comunidade Negra (COMACON)¹⁷⁹.

¹⁷⁸ “O exemplo mais notável desse reforçamento da não-identidade dos não-brancos ocorre nas escolas de 1º grau, quando se estuda a abolição da escravidão. Nessa ocasião, a criança negra se vê vinculada às ‘pobres criaturas’ (os escravos) que não têm história, isto na versão da historiografia oficial. O torpor que a criança tem ao se saber presa a essa história, na verdade uma história que nega a sua própria história, é muito grande. Se por um lado isso constringe, humilha e reduz a criança negra, outros efeitos ocorrem nas demais crianças. As mestiças vão ter mais ‘razões’ para se afastarem do seu lado negro. Quanto às brancas e amarelas, vão ‘entender’ que a origem negra é esse engodo; aliás, oficial. Enfim, a historiografia brasileira e os demais estudos sociais não trazem às crianças, como um todo, o que elas efetivamente são em termos de raça, cultura e história. Isto vale tanto para as não-brancas (pretas e pardas) como para as demais. As práticas escolares definem a ‘concepção de mundo’ das crianças. É o que podemos chamar de ‘ritual pedagógico’. Tal ritual exclui a luta das populações negras na sociedade brasileira. Mais ainda, o ideal de ego branco é o que as crianças negras passam a reivindicar para si na ausência de uma identidade que possa fortalecer.” (SANTOS, 2000, p.62).

¹⁷⁹ Outros estados e municípios brasileiros também criaram órgãos voltados para a comunidade negra, por exemplo, o Estado de São Paulo, com o Conselho de Participação e Desenvolvimento da Comunidade Negra, recebendo o mesmo nome o órgão dos Estados do Rio Grande do Sul e da Paraíba; o Município de São Paulo, com a Coordenadoria Especial dos Assuntos da População Negra; Município de Recife, com a Diretoria de Igualdade Racial; Estado da Bahia, Conselho de Desenvolvimento da Comunidade Negra; Estado do Maranhão, Secretaria da Igualdade Racial.

A análise do conceito de ações afirmativas permite notar que podem essas ações ser públicas ou privadas, sendo as primeiras emanadas do Poder Público, aqui englobados o Executivo, Legislativo e Judiciário, que deverão agir de forma coordenada e harmoniosa.

Não voltaremos a discutir neste tópico a legalidade da implementação de tais políticas pelo Poder Público, visto que já foi discutido acima, e chegamos à conclusão que não há impedimento nenhum à adoção dessas medidas pelo Estado.

Em ação conjunta do Legislativo e do Executivo, novamente voltamos a destacar o avanço significativo da Lei 10.678 de 23 de maio de 2003, que cria a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR), da Presidência da República, vindo a compor o Poder Executivo como órgão de assessoramento imediato ao Presidente da República na promoção da igualdade racial, conforme o artigo 2º da referida lei:

Art. 2º À Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial compete assessorar direta e imediatamente o Presidente da República na formulação, coordenação e articulação de políticas e diretrizes para a promoção da igualdade racial, na formulação, coordenação e avaliação das políticas públicas afirmativas de promoção da igualdade e da proteção dos direitos de indivíduos e grupos raciais e étnicos, com ênfase na população negra, afetados por discriminação racial e demais formas de intolerância, na articulação, promoção e acompanhamento da execução dos programas de cooperação com organismos nacionais e internacionais, públicos e privados, voltados à implementação da promoção da igualdade racial, na formulação, coordenação e acompanhamento das políticas transversais de governo para a promoção da igualdade racial, no planejamento, coordenação da execução e avaliação do Programa Nacional de Ações Afirmativas e na promoção do acompanhamento da implementação de legislação de ação afirmativa e definição de ações públicas que visem o cumprimento dos acordos, convenções e outros instrumentos congêneres assinados pelo Brasil, nos aspectos relativos à promoção da igualdade e de combate à discriminação racial ou étnica, tendo como estrutura básica o Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial - CNPIR, o Gabinete e até três Subsecretarias.

O Poder Legislativo tem como exemplos de atuação significativa em políticas de ações afirmativas a promulgação de leis antirracistas, tais como a Lei 7.716/1989 e outras que têm como principal objetivo complementar a Constituição ao tipificar condutas que caracterizem racismo¹⁸⁰.

¹⁸⁰Com relação às leis de combate à discriminação racial a filósofa Sueli Carneiro elabora interessante e pertinente comentário: “Portanto, no campo de aplicação concreta da legislação conquistada pelos movimentos negros, percebe-se que essas conquistas legislativas estão destinadas ao rol das ‘leis que não pegam’, ou seja, se durante o processo de mobilização social que envolveu a feitura da Constituição de 1988 não foi possível politicamente barrar as importantes conquistas dos movimentos sociais, a força do racismo e do mito da democracia racial colocariam no plano do cotidiano das instituições jurídicas os limites para a punição e visibilidade do problema racial na esfera jurídica. Se politicamente não foi possível evitar a criminalização do racismo, a legislação conquistada será desacreditada através da impunidade.” (CARNEIRO, 2000, p. 318). É importante também destacar a importância do Movimento Negro na iniciativa de leis antirracistas, bem como exercendo pressão para a aprovação das mesmas junto ao Congresso Nacional.

O papel do Judiciário se mostra de grande valia na efetiva punição aos acusados de crimes de racismo, o que ainda se mostra um problema no quadro social brasileiro, levando vários autores a criticar a postura brasileira de tentar resolver o problema da discriminação racial apenas com a criminalização do racismo.

Nesse sentido, manifesta-se Gomes (2001), tendo em vista que as legislações penais anti-discriminatórias, na prática, se mostram ineficazes, noticiando o autor que nunca se cumpriu pena por condenação em razão de crime de racismo, sendo tais leis motivo de deboche por alguns operadores do Direito. E é o reconhecimento do referido autor da insuficiência das leis proibitivas de discriminação racial que o leva a concluir pela necessidade de uma postura ativa do Estado, no sentido de promoção das ações afirmativas.

Outro papel importante do Judiciário é a interpretação das leis que instituem ações afirmativas, bem como o julgamento de ações que envolvam tais políticas, consolidando o entendimento de sua constitucionalidade¹⁸¹.

Já o Executivo pode atuar em todas as modalidades de implementação das ações afirmativas tratadas acima: com o estabelecimento de cotas, utilizando-se do seu poder de barganha, concedendo benefícios fiscais ou condicionando a destinação de recursos públicos a entidades adotantes de medidas anti-discriminatórias; criação de órgãos com atendimento, políticas e objetivos focados à população negra ou a atuação mais efetiva dos órgãos já criados para promoção da igualdade racial com formulação de políticas de combate ao racismo que envolvam a sociedade como um todo; a conscientização da população com a produção de festivais de arte negra¹⁸² e outras medidas que valorizem a atuação do povo negro como parte importante e fundamental do desenvolvimento da Nação.

¹⁸¹ A esse respeito é importante lembrar o papel fundamental desempenhado pelo Judiciário norte-americano na concretização e entendimento das ações afirmativas, conforme visto quando tratamos da origem do instituto. Cruz (2005) explica de que forma a Corte Americana julga a necessidade e legitimidade das ações afirmativas: “A Corte americana possui critérios distintos de julgamento. O mais brando (*rational basis test*) exige apenas a demonstração da racionalidade da medida discriminatória, seja ela uma ação afirmativa ou não, para aceitá-la como válida. As leis presumidas constitucionais têm sido assim consideradas em boa parte de casos que envolvem portadores de deficiência e classificações envolvendo idade e orientação sexual. O segundo critério, denominado *intermediate scrutiny*, exige a comprovação de que as ações afirmativas se sustentem num significativo interesse governamental e que a medida se relacione substancialmente com esse interesse. [...]. Finalmente, o critério mais rigoroso, chamado *strict scrutiny test*, exige que a medida empregue instrumentos/métodos estritamente adequados ao implemento do interesse governamental imperativo.” (CRUZ, 2005, p. 150). Esse critério mais rigoroso é o utilizado quando se analisam as ações afirmativas para negros e homossexuais, o que é criticado por Cruz (2005) - apesar de entender este autor que os norte-americanos dispensam maior atenção às minorias do que os brasileiros - tendo em vista que não atenderia ao paradigma do Estado Democrático de Direito, pois infringiria o caráter deontológico dos Direitos, uma vez que privilegia algumas minorias, como as mulheres e os portadores de deficiência, em detrimento de outras, os negros e os homossexuais.

¹⁸² A exemplo do que já é feito no Município de Belo Horizonte com o Festival de Arte Negra (FAN).

Outras instituições constitucionais também podem atuar em favor da causa, como por exemplo, o Ministério Público, através da Ação Civil Pública, nos dizeres de Joaquim Barbosa Gomes:

[...] a Lei Orgânica do Ministério Público da União acrescentou ao elenco das atribuições desse órgão a defesa dos direitos das ‘minorias étnicas’, atribuição essa exercitável justamente pela via da ação civil pública. Portanto, no plano puramente normativo, não existe qualquer obstáculo à atuação do MP na proteção aos direitos de grupos étnicos minoritários. Ao contrário, existe autorização expressa, como já visto. Isto significa que a propositura de ação civil pública com vistas à defesa de direitos e interesses de minorias étnico- raciais independe de autorização legislativa específica, ao contrário do que vêm decidindo algumas cortes brasileiras, quando convocadas a decidir ações coletivas em outras áreas, como, por exemplo, na área de impostos. (GOMES, 2001, p. 395)

Essa breve análise na atuação do Poder Público quanto às políticas de ações afirmativas nos demonstra que ainda há muito o que ser feito pelo Estado no sentido de eliminação de discriminações raciais.

A existência de discriminação racial em um País é um eco retrógrado do período escravagista e sua eliminação deve interessar a toda a sociedade, e não somente aos atingidos, o que é feito por meio de educação, conscientização e proteção da pluralidade. Portanto, é necessária também a atuação privada¹⁸³ visando à erradicação no racismo.

As ONG's, Organizações Não Governamentais, juntamente com o Movimento Negro, têm importante papel nesse sentido, pois suprem as omissões do Poder Público, reivindicando a atuação deste em prol dos direitos para a população negra.

No Brasil, importante ONG é a Rede SOS Racismo que, além de outras funções, presta assistência judiciária e psicológica às vítimas de discriminação racial. Em Minas Gerais, foi reconhecida a utilidade pública dessa entidade pela Lei Estadual nº 15.055/2004.

A sociedade civil deve encarar como dever seu – e não só do Estado - o combate à discriminação racial, bem como a luta pela justiça social e racial, como forma de consolidação da democracia e efetividade do Estado Democrático de Direito. Assim, as ações afirmativas só alcançarão o verdadeiro êxito quando se incutir na população a necessidade de respeito mútuo entre os cidadãos.

A inclusão social de uma população cultural, social e historicamente marginalizada, como é a população negra, deve quebrar uma barreira, sobretudo, psicológica. Dessa forma,

¹⁸³ Cruz (2005) destaca o papel da iniciativa privada em programas de inclusão social, as chamadas “*Voluntary Affirmative Actions*”.

as ações afirmativas, por si só, não são capazes de alterar o segregacionismo vigente se a sociedade não estiver disposta a tanto.

Deve-se destacar também que a defesa que se faz das ações afirmativas é que as mesmas se façam como mecanismo de inclusão social, e não com vistas ao aumento da separação, como pretendem alguns projetos¹⁸⁴, mas que a população brasileira conviva bem com todas as cores que formam a nossa diversidade, com respeito ao pluralismo e aos direitos fundamentais.

Tendo em vista as possibilidades de realização das ações afirmativas, resta-nos questionar quais seriam as mais adequadas para a extinção da discriminação racial na Educação do nosso País. Deve-se perguntar também: O sistema de cotas deve ser implementado no Brasil? Caso positivo, de que forma o mesmo deve ser feito: cotas fixas para negros, cotas fixas para pobres ou cotas flexíveis para negros pobres? Para se encontrar uma solução, necessária se faz a análise das ações afirmativas já executadas nas universidades brasileiras, os seus pontos positivos e negativos, o que será feito no próximo capítulo.

3.6. Análise do “Estatuto da Igualdade Racial” (Projeto de Lei do Senado Federal nº 213/2003 – Substitutivo do Projeto de Lei nº 6.264/2005 da Câmara dos Deputados)

O Estatuto da Igualdade Racial – Projeto de Lei (Projeto de Lei do Senado (PLS) 213/2003, correspondente ao Projeto de Lei (PL) 6.264/2005, na Câmara dos Deputados), foi elaborado pelo Senador Paulo Paim, em 29 de maio de 2003, e aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, em 25 de novembro de 2005.

Atualmente, tramita perante a Câmara dos Deputados, ainda sujeito a apreciações, sendo que já foi apresentado, em 16 de julho de 2008, o parecer do relator, admitindo a constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa, resolvendo, no mérito, pela aprovação do Projeto de Lei, com as devidas emendas, que não alteram substancialmente o Estatuto da Igualdade Racial, apresentando o Substitutivo do Projeto de Lei 6.264/2005 (SBT – 1 PL

¹⁸⁴ Um desses projetos não obteve sucesso. Trata-se da extinta “TV da Gente”, fundada pelo cantor Netinho de Paula (recém-eleito vereador na cidade de São Paulo) em 20 de novembro de 2005 (encerrando suas atividades em dezembro de 2007), a qual era produzida por negros e com programação voltada à população negra brasileira. Ações desse tipo são capazes de acirrar a segregação, tendo em vista que a diversidade não é respeitada. Quando se estabelece, por exemplo, “canal de negro” e “canal de branco”, a pluralidade fica comprometida. O que se deve fazer é garantir que, em todos os canais, brancos e negros tenham a mesma representatividade.

6.264/05), modificado em 11 de dezembro de 2008, tendo em vista a aprovação, pela Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei nº73- C, de 1999¹⁸⁵, quando, enfim, foi apresentado o segundo substitutivo – SBT 2. Optou-se pela apreciação deste, uma vez que se apresenta como a possível versão final do que venha a ser o Estatuto¹⁸⁶.

Tendo em vista ser o projeto muito abrangente, dar-se-á enfoque aos temas ligados à Educação, embora se façam breves comentários aos outros temas que se apresentarem relevantes, sendo importante destacar que o Estatuto da Igualdade Racial abrange todas as formas de implementação das ações afirmativas citadas no tópico anterior.

O pioneirismo do Estatuto da Igualdade Racial se mostra pelo combate à discriminação racial não somente no aspecto proibitivo, mas no aspecto positivo, prevendo ações concretas de promoção da igualdade. É o que se pode inferir quando analisado o artigo 1º:

Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnico-raciais individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnico-racial.

O seu objetivo é claro: combate à discriminação racial, desigualdades e outras formas de intolerância étnica, apresentando, no parágrafo 1º do referido artigo, definições acerca do tema tratado:

Art. 1º, parágrafo 1º: Para efeito deste Estatuto considera-se:

I – discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada;

II – desigualdade racial: todas as situações injustificadas de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada;

III – desigualdade de gênero: assimetrias existentes no âmbito da sociedade, acentuando a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais;

¹⁸⁵ Este projeto dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e estaduais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio, o qual será apreciado no próximo capítulo.

¹⁸⁶ É importante ressaltar que sempre que neste trabalho se utilizarem as expressões “Projeto de Lei”, bem como “Estatuto da Igualdade Racial”, estar-se-á referindo ao Substitutivo do Projeto de Lei 6.264/2005 (SBT – 2 PL 6.264/2005).

IV – população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor/raça usado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, ou adotam autodefinição análoga;

V – políticas públicas: as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais;

VI – ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades.

[...].

Deve-se observar que as ações afirmativas tratadas no referido parágrafo visam também à promoção da igualdade de oportunidades, a qual se pode entender como utilizada no sentido de se assegurar o que Dworkin (2005) chama de igualdade de recursos¹⁸⁷, tendo em vista que, pelo teor de todo o conteúdo do referido projeto de lei, a intenção é que se assegure esse tipo de igualdade. É dessa maneira que a expressão “igualdade de oportunidades” será interpretada ao longo do estudo do Estatuto.

No artigo 2º, reconhece-se que tanto o Estado quanto a sociedade devem garantir a igualdade, ou seja, o Estatuto da Igualdade Racial nega a possibilidade de o Estado manter-se neutro com relação à desigualdade racial, bem como imputa tal dever também à sociedade:

Art. 2º É dever do Estado e da sociedade garantir a igualdade de oportunidades, reconhecendo a todo cidadão brasileiro, independentemente da etnia, raça ou cor da pele, o direito à participação na comunidade, especialmente nas atividades políticas, econômicas, empresariais, educacionais, culturais e esportivas, defendendo sua dignidade e seus valores religiosos e culturais.

Encontra-se no artigo em comento o conceito de igualdade tratado por Habermas (1997), que considera a participação nos discursos políticos com “igualdade de chances” (HABERMAS, 1997, p. 159) direito fundamental, garantindo-se a todo cidadão brasileiro (e não somente ao negro) o direito de participação na comunidade.

É importante que se observe que o Estatuto da Igualdade Racial fundamenta-se em ambos os argumentos de justificação das ações afirmativas: compensatório e o distributivo, no qual se insere o da eficiência/utilidade, também se baseando nos direitos fundamentais¹⁸⁸, conforme se pode ver no artigo 3º:

Art. 3º Além das normas constitucionais relativas aos princípios fundamentais, aos direitos e garantias fundamentais e aos direitos sociais, econômicos e culturais, o Estatuto da Igualdade Racial adota como diretriz político-jurídica a reparação,

¹⁸⁷ Diferença estudada no tópico 4.2 deste Capítulo.

¹⁸⁸ Vide tópico 4.2 deste Capítulo.

compensação e inclusão das vítimas da desigualdade e a valorização da igualdade racial e o fortalecimento da identidade nacional brasileira.

Há a clara intenção de mudança psicológica da sociedade quanto ao preconceito, com a adoção como diretriz da valorização da igualdade racial. Somente a mudança da mentalidade discriminatória da nossa sociedade pode impulsionar a promoção da igualdade e combate à discriminação racial.

O Estatuto da Igualdade Racial reconhece no artigo 4º, II, a adoção das ações afirmativas para combate às desigualdades e discriminações raciais, ressaltando o caráter reparatório das mesmas, no parágrafo único deste artigo, levando-se em consideração os danos causados à população negra quando da formação da identidade nacional, como resultado da escravidão. *In verbis*:

Parágrafo único. Os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais derivadas da escravidão e demais práticas discriminatórias racialmente adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do Brasil, e poderão utilizar-se da estipulação de cotas para a consecução de seus objetivos.

Passa-se ao estudo do Capítulo II, do Estatuto, no qual se prevê o Direito à Educação, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer¹⁸⁹, que inova ao prever, no art. 15, III, o desenvolvimento de campanhas educativas federais, estaduais, distrital e municipais, para desenvolvimento da solidariedade para com os membros da população negra. Tal artigo deve ser interpretado com muita cautela, tendo em vista que uma leitura mais rápida do mesmo pode implicar entendimento equivocado, no sentido de ser a população negra digna de compaixão.

Não é esta a finalidade visada, mas, atendendo ao objetivo previsto no art. 3º, I da CF (construção de uma sociedade livre, justa e solidária), tal artigo chama a atenção à fraternidade, à mudança da cultura discriminatória para uma sociedade que quer ver satisfeito o princípio da igualdade.

Quanto à cultura, o Estatuto determina que o Estado, por meio do Ministério da Cultura e da Fundação Cultural Palmares, reconheça aos locais de manifestação coletiva e sociedades negras com comprovada trajetória histórica o seu caráter de patrimônio histórico e cultural, assim como incentive a celebração de datas comemorativas relativas à história do samba e de outras manifestações culturais de “matriz africana”, incentivando, ainda, que tais datas sejam comemoradas nas instituições de ensino público e privado (artigos 21 e 23).

¹⁸⁹ Nesta dissertação, merecerá atenção especial este capítulo, tendo em vista o enfoque dado à redução da discriminação racial no âmbito da Educação.

Por fim, no que tange à cultura, há a previsão de registro e proteção da capoeira, “como bem de natureza imaterial e de formação da identidade cultural brasileira” (artigo 24), sendo que na seção destinada ao esporte e lazer, a capoeira, seja reconhecida como esporte, seja reconhecida como dança, em todas as modalidades, ganha destaque (art. 25 e 26).

O Estatuto da Igualdade Racial dedica capítulo ao direito de liberdade de consciência e de crença, bem como ao livre exercício dos cultos religiosos de matriz africana, observando-se o artigo 5º, VI¹⁹⁰, da Constituição Federal, devendo o Estado adotar uma postura combativa à intolerância religiosa e atitudes discriminatórias dirigidas aos seguidores dessas religiões. Assegura também que representantes de tais religiões participem, na mesma proporção das outras religiões, em comissões, conselhos, órgãos, bem como eventos e promoções (art. 27 a 30).

O projeto de lei trata, ainda do direito dos remanescentes das comunidades quilombolas e suas terras, o que não será comentado neste trabalho, tendo em vista a complexidade e extensão do assunto.

Em capítulo destinado às relações de trabalho (Capítulo V), o Estatuto encerra a discussão quanto à aplicação das convenções internacionais das quais o Brasil é signatário relativas ao combate à discriminação, bem como retira a possibilidade de neutralidade estatal, atribuindo a responsabilidade de implementação de ações de inclusão social a todos os entes da federação:

Art. 43. A implementação de políticas voltadas para a inclusão da população negra no mercado de trabalho será de responsabilidade dos governos federal, estaduais, distrital e municipais, observando-se:

I – o instituído neste Estatuto;

II – os compromissos assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção das Nações Unidas para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 1968;

III – os compromissos assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção n.º 111, de 1958, da Organização Internacional do Trabalho, que trata da Discriminação no Emprego e na Profissão;

IV – demais compromissos formalmente assumidos pelo Brasil perante a comunidade internacional.

Determina-se expressamente que o Poder Público promova ações para que se assegure a igualdade racial e de gênero no mercado de trabalho, inclusive com a implementação de

¹⁹⁰ Art. 5º, VI, da CF – “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.”

cotas ou seu estímulo, com a previsão de incentivos ao setor privado para que proceda da mesma forma, sendo evidente o destaque que se dá à inclusão e proteção das mulheres negras no mercado de trabalho, por meio dos parágrafos 4º a 7º do artigo 44:

Art. 44. O Poder Público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação ou incentivo à implementação de cotas para acesso a cargos e empregos na administração pública e nas empresas e organizações privadas.

[...]

§ 4º As ações de que trata o *caput* deste artigo assegurarão o princípio da proporcionalidade de gênero entre os beneficiários.

§ 5º Será assegurado o acesso ao crédito para a pequena produção, nos meios rural e urbano, com ações afirmativas para mulheres negras.

§ 6º O Estado promoverá campanhas de sensibilização contra a marginalização da mulher negra no trabalho artístico e cultural.

§ 7º O Estado promoverá a elevação da escolaridade e a qualificação profissional das trabalhadoras e dos trabalhadores domésticos e o fortalecimento de suas organizações.

Quanto à Administração Pública Federal, há a previsão de duas diretrizes a serem obedecidas, sendo a primeira delas nos moldes das políticas adotadas nos Estados Unidos, de contratos públicos, conforme citado no tópico anterior:

Art. 47. A implementação de medidas que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra na Administração Pública Federal obedecerá às seguintes diretrizes:

I – desde a habilitação de empresas no processo licitatório, nacional ou internacional, que objetive contratação de obras, serviços, compras e alienações pelo setor público, até o encerramento do contrato, exigir-se-á a adoção de programas de promoção da igualdade racial;

II – implementação gradativa de critérios de provimento de cargos em comissão e funções de confiança destinados a ampliar a participação de negros, até lograr correspondência com a estrutura da distribuição racial nacional ou, quando for o caso, estadual, observados os dados demográficos oficiais.

Nesse sentido, o projeto de lei também propõe a alteração da Lei 8.666, de 1993, que trata das licitações e contratos da Administração Pública, prevendo como critério de desempate em licitações a manutenção pelo licitante de programas de promoção da igualdade racial (art. 49).

Ainda na seção destinada ao trabalho, prevê-se a alteração da Lei 7.716, de 05 de janeiro de 1989, a qual prevê os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, acrescentando ao rol de crimes previstos no artigo 4º daquela lei o seguinte:

§ 2º Ficará sujeito à pena de multa e prestação de serviços à comunidade, incluindo atividades de promoção da igualdade racial, quem, em anúncios ou qualquer outra forma de captação de trabalhadores, exigir boa aparência do candidato ou a respectiva fotografia no currículo, com vistas à seleção para ingresso no emprego.

Dessa forma, a hipocrisia nas relações de trabalho é abandonada no projeto de lei e reconhecido o caráter discriminatório da expressão “boa aparência”, significando uma vitória para a população tradicionalmente discriminada, com a utilização de tal critério seletivo, que sempre serviu como disfarce para o racismo nas relações de trabalho. Com o mesmo objetivo, o Estatuto também proíbe, nos critérios de seleção de empregados, a exigência de fotografia do candidato (art. 52).

Ainda regulando o Trabalho, o projeto de lei autoriza a concessão pelos entes da federação de incentivos fiscais às empresas que mantenham cota de, no mínimo, 20% de empregados negros, se possuírem mais de 20 empregados (art. 54).

O Estatuto passa a tratar da representatividade negra nos meios de comunicação (Dos meios de comunicação – Capítulo VI), assegurando a porcentagem mínima de 20% de negros nas programações das emissoras de televisão.

Neste capítulo, o projeto é mais uma vez inovador, acrescentando à já citada Lei nº 7.716/1989, o artigo 20-A, criminalizando o racismo praticado na Internet, não se restringindo somente à discriminação racial, mas também à discriminação ou preconceito com base na religião ou procedência nacional:

Art. 59. A Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo:

“Art. 20-A. Tornar disponível na rede mundial de computadores, ou em qualquer rede de computadores destinada ao acesso público, informações ou mensagens que induzam ou incitem a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

Parágrafo único. O juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito judicial, sob pena de desobediência, a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação em rede de computador.”

As ações e políticas voltadas para a população negra constituem, segundo o projeto, o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial – SINAPIR, coordenado pela SEPPIR, possuindo como objetivos:

Art. 61. São objetivos do Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial:

I – a promoção da igualdade racial e o combate às desigualdades sociais resultantes do racismo;

II – a formulação de políticas destinadas a combater os fatores de marginalização e promover a integração social da população negra;

III - a descentralização na implementação de ações afirmativas pelos governos estaduais, distrital e municipais;

IV – a articulação de planos, ações e mecanismos voltados à promoção da igualdade racial;

V – garantir a eficácia dos meios e instrumentos criados para a implementação das ações afirmativas e o cumprimento das metas a serem estabelecidas.

Mais uma vez, a neutralidade estatal é abandonada no Estatuto da Igualdade Racial, que pugna pela atuação positiva do Estado, no sentido de acabar com a discriminação racial, com a previsão, ainda, da instituição de ouvidorias pelo Poder Público para que as leis antidiscriminatórias sejam eficazes. Tais ouvidorias receberão as denúncias de preconceito e discriminação, bem como acompanharão a implementação das ações afirmativas (artigo 66). Espera-se com tais órgãos a efetividade das leis antirracistas, bem como o acompanhamento e avaliação das ações afirmativas para que se verifique a viabilidade de sua execução, bem como a necessidade de continuidade das mesmas.

Destaca-se, nesse diapasão, a garantia de acesso das vítimas de crimes de racismo à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário (art. 67), com enfoque aos crimes praticados contra as mulheres negras, merecendo destaque a atuação do Ministério Público para a interposição de ação civil pública para defender os interesses da população negra, quando esta for lesada ou sofrer ameaça de lesão (art. 72)

Uma das maiores manifestações de racismo no nosso País, qual seja, a violência policial praticada contra as pessoas negras, também ganha destaque no projeto, com previsão no artigo 68: “O Estado adotará medidas especiais para coibir a violência policial incidente sobre a população negra.”

No Brasil, uma das maiores dificuldades de se condenar alguém pela prática do crime de racismo é a tipificação do mesmo como injúria, o que também é resolvido pelo Estatuto, com o acréscimo à Lei 7.716, de 1989, do § 2º ao artigo 20: “Praticar injúria, calúnia e difamação utilizando-se de elementos referentes à cor e etnia. Pena: Reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.”

Finalmente, o projeto prevê o financiamento das iniciativas de promoção da igualdade racial, bem como acréscimo à legislação eleitoral, de forma a instituir cotas para negros também nas candidaturas.

De maneira geral, o que se pode concluir com a análise do Estatuto da Igualdade Racial é que o projeto de lei, se promulgado, será instrumento muito importante e decisivo no combate à discriminação racial no Brasil, isso porque leva em consideração as peculiaridades do povo brasileiro, considerando a miscigenação, mas estando atento às sutilezas do nosso racismo, coibindo práticas há muito conhecidas, mas camufladas, pelas quais se pratica a discriminação racial.

Passa-se ao estudo da previsão das ações afirmativas na Educação.

4 AS AÇÕES AFIRMATIVAS NA EDUCAÇÃO

Este capítulo dedica-se à análise das ações afirmativas para negros na Educação que já estejam em prática no Brasil, verificando-se de que forma as mesmas são executadas, bem como os resultados de tais políticas.

Inicialmente, destacar-se-á o sistema de cotas, tendo em vista ser a ação afirmativa com maior adoção no sistema educacional brasileiro, bem como se verificará quais as universidades públicas brasileiras que adotam as políticas afirmativas e de que forma as mesmas são implementadas. Após, o enfoque será dado às universidades privadas, destacando-se o PROUNI e a possibilidade deste programa promover a inclusão racial, seus números e as modificações sociais por ele promovidas.

Finalmente, analisar-se-ão os principais projetos de Lei que tramitam perante o Congresso Nacional visando à instituição de ações afirmativas no sistema educacional brasileiro, com vistas a se avaliar qual sistema inclusivo é capaz de promover a igualdade racial com resultados mais satisfatórios, respeitadas as peculiaridades da população brasileira.

4.1 Sistema de cotas

Como visto no capítulo anterior, as cotas podem ser realizadas de forma rígida, considerando-se somente o fator de exclusão do grupo que se pretende beneficiar; ou flexíveis, levando-se em conta, além do fator de exclusão, outras características do indivíduo, como por exemplo, a classe social a que pertence, a sua origem, a sua renda *per capita* familiar, e outros fatores que diferencie um indivíduo dos demais.

No Brasil, na área da Educação, as ações afirmativas mais utilizadas são as cotas rígidas, conforme se poderá concluir da análise dos programas atualmente utilizados pelas universidades públicas. Porém tal sistema recebe severas críticas dos estudiosos do tema, como Joaquim Barbosa Gomes (2001).

As cotas flexíveis, atualmente, são mais utilizadas em ações afirmativas para a inclusão dos alunos nas escolas privadas, por meio do ProUni, que se utiliza de vários critérios para reserva das vagas, o que será estudado em tópico próprio.

Esse sistema flexível de cotas é o adotado pelo Estatuto da Igualdade Racial e pelo Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 73/1999 para inclusão dos negros nas universidades públicas, sendo que o critério principal para reserva de vagas é a o fato de todo o curso do ensino médio ter sido feito em escola pública. Na avaliação deste trabalho, esse sistema seria o mais justo, bem como o mais apto à realização do princípio da igualdade, conforme o paradigma do Estado Democrático de Direito, tendo em vista considerar tanto a desigualdade social, quanto a racial, em uma mescla equânime.

4.2 Ações afirmativas nas universidades públicas brasileiras – estudo de caso: Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Universidade de Brasília (UnB)

O Laboratório de Políticas Públicas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), por meio do Programa “Políticas da Cor na Educação Brasileira” catalogou 83¹⁹¹ universidades públicas brasileiras que adotam ações afirmativas, seja por meio de bônus, seja por meio de cotas, sendo que do referido catálogo constam também Centros Federais de Educação Tecnológica que possuem cursos de nível superior, bem como faculdades¹⁹².

¹⁹¹ Laboratório de Políticas Públicas da UERJ [200-].

¹⁹² Segundo o artigo 52 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/1996), regulamentado pelo Decreto nº 5.773/2006, as universidades se caracterizam como tais, desde que atendam aos seguintes requisitos: “Art. 52. As universidades são instituições pluridisciplinares de formação dos quadros profissionais de nível superior, de pesquisa, de extensão e de domínio e cultivo do saber humano, que se caracterizam por:

No presente tópico será feita a análise das ações afirmativas na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e na Universidade de Brasília (UnB). A escolha dessas universidades para análise das ações afirmativas implementadas no Brasil se deu pelo pioneirismo de ambas na implementação do sistema de cotas, a primeira em âmbito nacional¹⁹³, a segunda em âmbito federal.

Tais universidades mantêm seus programas por vários anos, o que confere maior solidez aos mesmos, se comparados com várias universidades que ainda estão começando a implementar ações afirmativas e ainda não verificaram seus efeitos¹⁹⁴. Destaca-se também a importância do estudo dos mesmos, uma vez que suas ações já apresentaram resultados, bem como diversas pesquisas foram produzidas sobre as mesmas, com avaliações tanto de pesquisadores, quanto dos próprios alunos, o que tornará possível que se faça uma avaliação acerca dos mesmos, bem como se tais programas são a melhor alternativa dadas as peculiaridades brasileiras.

4.2.1 Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

O início da instituição do sistema de cotas da UERJ se dá com a aprovação da lei estadual nº 3.708/2001 pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, a qual

I - produção intelectual institucionalizada mediante o estudo sistemático dos temas e problemas mais relevantes, tanto do ponto de vista científico e cultural, quanto regional e nacional;

II - um terço do corpo docente, pelo menos, com titulação acadêmica de mestrado ou doutorado;

III - um terço do corpo docente em regime de tempo integral.

Parágrafo único. É facultada a criação de universidades especializadas por campo do saber.” (BRASIL, 1996).

¹⁹³ É importante que se ressalte, conforme nos relata Paiva (2004) que tal sistema não foi a primeira ação afirmativa executada no Estado do Rio de Janeiro, tendo em vista que tal ocorreu com a criação de pré-vestibulares para negros e carentes (PVNC), no início da década de 1990, cujos alunos têm sido recepcionados pela PUC-Rio, desde 1994, com a concessão de bolsas integrais, bem como de outros benefícios que possibilitem a permanência destes na universidade.

¹⁹⁴ Por exemplo, a Universidade Estadual do Amapá (UEAP) que, em obediência ao artigo 1º da Lei Estadual 1.023, de 30 de junho de 2006 (AMAPÁ, 2006), reserva percentual de suas vagas para estudantes que tenham cursado o ensino médio integralmente em escolas da rede pública de ensino. A reserva de vagas se dá na proporção de alunos oriundos de escolas públicas inscritos no vestibular, o que significa dizer que, se 10% dos inscritos forem egressos de escolas públicas, ser-lhes-ão reservadas tal porcentagem das vagas. O denominado “Sistema Especial de Reserva de Vagas” instituído pela referida lei deverá ser revisto a cada 03 anos para que se verifique se a função social para a qual foi estabelecido está sendo cumprida. Este sistema também deverá ser implementado nas universidades estaduais amapaenses que estejam em processo de criação, bem como para as que forem criadas futuramente. No dia 18 de setembro de 2008, foi sancionada pelo governador, no dia 18 de setembro de 2008, lei que prevê cotas para afrodescendentes oriundos de escolas públicas, resultante do Projeto de Lei nº 0040/2008, ainda em tramitação (AMAPÁ, 2008).

estabelecia, por meio do seu artigo 1º, a reserva de 40% das vagas da UERJ e da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UNEF) para as populações negra e parda, regulamentada pelo Decreto 30.766/2002.

A referida lei foi recebida com muito alarde pela sociedade e polemizada pela mídia, uma vez que a mesma não fora suficientemente debatida com os mais diversos setores sociais, além de não ter sido proposta pela universidade, tendo a mesma sido privada dos debates. A esse respeito, Ângela Randolpho Paiva afirma:

No Brasil, por sua vez, o sistema de cotas na primeira universidade pública foi concebido de cima para baixo, com uma lei vinda do executivo estadual, e que passou na Assembléia Legislativa sem grandes debates. Não houve discussão acerca da proporcionalidade pensada, nem debates nos meios acadêmicos que seriam afetados por tais mediadas, o que foi feito somente *a posteriori*. (PAIVA, 2004, p. 17).

O que se seguiu à referida lei foi uma onda de ações judiciais contra a mesma¹⁹⁵, dentre elas a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.858 proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino em face do Governador do Estado do Rio de Janeiro e da Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro, fundamentando-se no fato de que o referido sistema ofendia o princípio da isonomia. A ADI em questão foi julgada prejudicada, uma vez que a Lei nº 3.708/2001 foi revogada, em face da quantidade de ações judiciais que se seguiram à sua edição¹⁹⁶.

A lei revogadora do sistema de cotas inicialmente estabelecido para a UERJ foi a lei estadual nº 4.151, de 04 de setembro de 2003, a qual instituiu nova disciplina para o sistema de cotas das universidades públicas estaduais do Rio de Janeiro, permanecendo em vigor com as alterações introduzidas pela Lei 5.074, de 17 de julho de 2007¹⁹⁷.

¹⁹⁵ “Foram impetrados 263 mandados de segurança (com grande concentração no curso de direito, 85, e medicina, 70) por candidatos que se sentiram prejudicados, entre eles alguns cujas notas não eram suficientes para a seleção segundo os critérios tradicionais, mas eram superiores às de algum aluno beneficiado pelas cotas. O cerne da argumentação era quase sempre o desrespeito ao princípio constitucional da igualdade. Algumas dessas liminares foram inicialmente concedidas, e, posteriormente, suspensas – atendendo ao apelo da universidade, que via na chuva de liminares uma ameaça à sua segurança e à ordem pública.” (SANTOS, 2006, p. 118).

¹⁹⁶ É o que relata Mac Margolis: “Cerca de 300 estudantes brancos entraram com ações de discriminação reversa. Eles tinham motivo. O projeto original de cotas era malfeito, costurado apressadamente por decisão da legislatura populista do Rio, sem qualquer debate público. Pior, muitos candidatos brancos declararam serem negros.” (MARGOLIS, 2004, p. 47).

¹⁹⁷ Uma das principais alterações introduzidas pela Lei nº 5.074/2007 foi a extensão do sistema de cotas, antes restrito aos estudantes oriundos da rede pública de ensino, negros, deficientes e minorias étnicas, aos filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares e inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço. (Art. 1º, III) (RIO DE JANEIRO, 2007).

Alteração importante introduzida pela Lei 4.151/2003 se refere à reserva de vagas aos negros (pretos e pardos), unificando, assim, o conceito de negros, antes dividido pela Lei 3.708/2001, que assegurava a reserva de vagas para negros e pardos. Santos (2006) destaca a importância de tal modificação para se evitar as fraudes alardeadas pela mídia de que indivíduos com traços típicos de brancos, que se autodeclaravam pardos para fazer jus às cotas, não o farão, se tiverem que se autodeclarar negros.

Segundo a lei 4.151/2003, a própria universidade estabelece as cotas, sendo que os alunos por elas beneficiados devem ser, comprovadamente, carentes, sendo que tal conceito é definido pela universidade (Artigo 1º, §1º)¹⁹⁸. Atualmente, a UERJ, em observância ao artigo 5º da referida lei, reserva de suas vagas: 20% para alunos oriundos da rede pública de ensino; 20% para negros e 5% para pessoas com deficiência, ou pertencentes a povos indígenas, ou filhos de policiais filhos de policiais civis e militares, bombeiros, inspetores de segurança e de administração penitenciária mortos em serviço ou incapacitados permanentemente, sendo que, quando da inscrição no processo seletivo, atualmente realizado por meio do vestibular, o candidato cotista deve selecionar a qual categoria irá concorrer. Essa proporção será observada nos cinco primeiros anos de vigência da lei (artigo 5º), sendo que, após tal prazo, as mudanças nos percentuais acima definidos devem ser submetidas à apreciação do Legislativo (artigo 5º, parágrafo único).

Tendo em vista o sistema adotado pela UERJ, constata-se que o mesmo apresenta-se como sistema de cotas flexíveis, uma vez que leva em consideração os fatores acima, bem como a condição sócio-econômica do candidato, uma vez que somente os alunos comprovadamente carentes podem concorrer às vagas reservadas.

Reconhecendo que os negros de outras classes sociais também são discriminados¹⁹⁹, Renato Emerson dos Santos, coordenador do Programa Políticas da Cor do Laboratório de Políticas Públicas da UERJ, se apresenta contra a utilização do termo “carente” nas políticas de ação afirmativa, tendo em vista que o mesmo impõe sobre a política caráter assistencialista, bem como impeditivo da:

¹⁹⁸ Lei 4.151/03. “Art. 1º, § 1º - Por estudante carente entende-se como sendo aquele assim definido pela universidade pública estadual, que deverá levar em consideração o nível sócio-econômico do candidato e disciplinar como se fará a prova dessa condição, valendo-se, para tanto, dos indicadores sócio-econômicos utilizados por órgãos públicos oficiais. Segundo o Edital do Vestibular 2009 da UERJ, são carentes os estudantes que possuam renda *per capita* mensal bruta de R\$960,00, por mês, o que se obtém por meio da divisão da renda bruta familiar por todos os membros da família.” (UERJ, 2008a).

¹⁹⁹ O que foi debatido no capítulo anterior.

[...] possibilidade de um trabalho de conscientização política dos alunos acerca dos processos de exclusão social, os quais geram a própria política que os beneficiou, e são silenciadas as possibilidades de reconstrução das estruturas de saberes que compõem a universidade. Mudanças curriculares, incorporação de novas temáticas por meio da valorização das experiências históricas e sociais dos grupos que ingressam por meio das cotas, tudo isso é suprimido pela adoção da categoria carente, a qual trabalha com a idéia de que a renda é uma variável social independente, e não atrelada a mecanismos de exclusão baseados em outros princípios de diferenciação e hierarquização, como a raça. (SANTOS, 2006, p. 127).

O que, inicialmente, se pode criticar a respeito da lei que instituiu o sistema de cotas adotado pela UERJ é a ausência de previsão da revisão de tal sistema, uma vez que, como visto, o mesmo deve ser temporário, devendo perdurar somente enquanto durarem as disparidades sociais (no caso em questão, raciais). Considerando-se que a população negra (pretos + pardos) do Rio de Janeiro, segundo a Síntese de indicadores sociais de 2008 (IBGE, 2008), constitui 45% da população fluminense, tal percentual deve estar, aproximadamente, representado na universidade, visando a que a população, da forma como se apresenta na sociedade, seja representada na universidade. Para tanto, deve-se efetuar a somatória dos alunos cotistas e dos alunos não-cotistas negros e verificar tal representatividade. Se a mesma estiver satisfeita, ou muito próximo disso, pode ser que o sistema de cotas não seja mais necessário.

A universidade (UERJ, 2008c) informa que, atualmente, a mesma possui cerca de nove mil alunos cotistas, não constando, contudo, quantos destes são negros, bem como a população de negros desta universidade, não se permitindo, assim, que se avalie se a representatividade populacional negra da universidade corresponde à societária.

No ano de 2008, a UERJ lançou um sistema de banco de dados, denominado DataUERJ, no qual disponibilizam-se dados acerca desta universidade, tais como, rendimento dos alunos (cotistas e não-cotistas), notas dos alunos (cotistas e não cotistas), porcentagem de reprovação dos alunos (cotistas e não-cotistas). Tal banco de dados permite que se afirme, hoje, que a diferença entre a média de notas entre os alunos cotistas e não-cotistas é mínima, praticamente inexistente, o que permite rebater com dados concretos as críticas de que as ações afirmativas, especificamente, o sistema de cotas acarreta a redução do nível educacional da universidade que as adota²⁰⁰.

²⁰⁰ Nicéia Freire, ex-reitora da UERJ, a partir da observação da experiência desta universidade na implementação das cotas, rejeita as críticas de que estas, por si só, reduzem o nível educacional da universidade, afirmando que: “O que garante a excelência de uma instituição são o investimento que se fizer em pesquisa, ensino e extensão, e as qualificação e dedicação do seu quadro docente e técnico.” (FREIRE, 2004, p. 192).

Para que tal informação fique clara, importante se faz a citação de alguns desses dados: a nota média de todos os alunos da UERJ tanto no primeiro, quanto no segundo semestre de 2007, foi de 7,7; a dos cotistas em razão da cor, no mesmo período, foi de 7,6; a dos cotistas provenientes do ensino público (que tenham cursado todo o ensino médio na rede pública de ensino) se manteve a mesma da universidade, de maneira geral, ou seja, 7,7, que é a mesma nota média dos não-cotistas (UERJ, 2008d).

Apesar disso, em alguns cursos, principalmente aqueles que demandam material pedagógico de custos elevados, como, por exemplo, Direito e Medicina, a diferença entre as notas médias dos alunos cotistas pela cor e os não-cotistas são diferentes, ainda que não haja uma disparidade gritante: no 2º semestre, de 2007 os alunos não-cotistas do curso de Direito obtiveram nota média de 8,5, enquanto os cotistas em razão da cor obtiveram nota média de 7,8 nesse curso; no mesmo período, no curso de Medicina, a nota dos não-cotistas foi 8,3, enquanto dos cotistas (cor) foi de 7,4 (UERJ, 2008d). Tal diferença aponta à universidade a necessidade de fornecer acompanhamento pedagógico e benefícios econômicos a esses alunos, de forma a possibilitar que os mesmos tenham acesso a todas as fontes de ensino, possibilitando, assim, o aumento da sua nota.

As ações afirmativas que se colocam em prática nesta universidade não se restringem às cotas. O Laboratório de Políticas Públicas da UERJ, por meio do Programa Políticas da Cor na Educação Brasileira (PPCor), criado em 2001 (UERJ, 2008e), fortalece a luta em prol das ações afirmativas, por meio de pesquisas esclarecedoras sobre a discriminação racial no Brasil e de que forma a mesma vem sendo eliminada por meio das ações afirmativas, sendo importante que se reconheça o pioneirismo e a mudança de mentalidade que se provoca no meio acadêmico e na sociedade, quando se adotam práticas semelhantes à da UERJ, visando à inclusão social e efetivação do princípio da igualdade.

4.2.2 Universidade de Brasília (UnB)

A Universidade de Brasília (UnB) também tem papel de destaque no que tange às ações afirmativas, uma vez que foi a primeira universidade federal brasileira a implementar as cotas. Assim como a UERJ, as ações afirmativas praticadas na UnB não se restringem à reserva de vagas aos alunos negros, sendo expandido por meio de fomento à pesquisa e

combate ao racismo e à xenofobia²⁰¹, por meio do espaço de discussão denominado Núcleo de Promoção da Igualdade Racial, criado pelo ato da Reitoria nº 759/2007 (UnB, 2008). Além dessas ações, a UnB mantém o Centro de Convivência Negra, por meio do qual propicia ambiente e prestação de serviços de apoio aos universitários negros, sobretudo aqueles que ingressaram na universidade por meio do sistema de cotas (UnB, 2008b).

O Sistema de Cotas para Negros foi introduzido na UnB no vestibular de junho de 2004 e, desde então, a referida universidade reserva 20% de suas vagas aos alunos negros (pretos e pardos). Segundo justificativa da própria universidade (UnB, 2008b) que tal reserva se faz pela necessidade de se garantir a presença mínima dos negros na mesma, embora a população negra do Distrito Federal, segundo a Síntese de Indicadores Sociais de 2008 (IBGE, 2008) seja de 56,9%. Tal desproporção permite afirmar que, embora a reserva pioneira de vagas desta universidade à população negra se apresente como política de grande potencial de inclusão social, parte desta população, no Distrito Federal, ainda se vê tolhida do acesso à universidade²⁰².

A seleção dos cotistas se dá por opção do mesmo em concorrer às vagas do sistema de cotas, realizada por meio do vestibular, além de entrevista pessoal realizada por banca entrevistadora, conforme o edital do vestibular²⁰³ (UnB, 2008c).

Observando o caráter temporário das ações afirmativas, inicialmente, o Sistema de Cotas para Negros na UnB tem previsão de duração por 10 anos (UnB, 2008b). Não consta dos registros daquela universidade de que forma será feita a revisão do programa para que se decida pela sua permanência ou não.

Inicialmente, observa-se uma diferença fundamental entre os programas da UERJ e da UnB. Na primeira, leva-se em consideração a condição econômica do candidato, resultando o sistema de ações afirmativas daquela em sistema de cotas flexíveis, no qual mais de um fator é levado em consideração quando da reserva de cotas. Na Universidade de Brasília, as cotas utilizadas são as rígidas, considerando-se somente o fator racial na reserva de vagas. Embora, como se viu, o sistema da UERJ seja criticado, as críticas, em sua maioria, recaem contra o sistema adotado pela UnB. É o que será visto a seguir.

²⁰¹ A motivação da criação de um programa de combate ao racismo e à xenofobia na UnB se deu em resposta a um incêndio criminoso provocado por outros estudantes da universidade nos apartamentos onde residiam estudantes africanos, em intercâmbio naquela universidade. (UnB, 2008)

²⁰² Importante destacar, para que se ilustre a desproporção dita acima, que no vestibular do 2º semestre de 2007, das 2.014 vagas oferecidas, 379 delas, ou seja, 18,81% foram preenchidas por cotistas (UnB, 2008d).

²⁰³ O item 7.5.1 do Edital do Vestibular da UnB 2009 (UnB, 2008c) prevê a possibilidade de pedido de reconsideração pelo candidato eliminado da seleção pelo sistema de cotas. A decisão desse pedido é definitiva.

Considerando-se apenas um critério de seleção de cotas, este é mais passível de apresentar erros, tal como aconteceu no vestibular do 2º semestre da UnB, em 2007, quando dois irmãos, gêmeos idênticos (univitelinos), inscreveram-se para o vestibular desta universidade e a banca entrevistadora daquele processo seletivo considerou, por meio da análise de suas fotos, que um era branco e o outro era negro²⁰⁴. Nesta ocasião, se acirraram os argumentos contra as ações afirmativas, baseados no fato de ser difícil a determinação de quem é branco e de quem é negro no Brasil, em razão da mestiçagem da população.

Quanto à avaliação do rendimento dos alunos nos cursos, os resultados apresentados na UnB mais uma vez contrariam as críticas de que a introdução de cotas no ensino superior reduz o nível educacional das universidades, uma vez que a diferença média de rendimento entre cotistas e não-cotistas foi de apenas 6%. Esta foi a constatação obtida por Claudete Batista Cardoso (2008) em sua dissertação de mestrado, na qual analisou os efeitos da política de cotas naquela universidade, dessa forma resumida pela própria autora:

Em síntese, constatamos que o rendimento acadêmico dos cotistas é em geral igual ao rendimento dos não-cotistas; ora menor, ora maior, mas sem nenhuma tendência clara. Apenas nos cursos de maior prestígio das Ciências podemos dizer que os alunos do universal foram superiores aos alunos do sistema de cotas. Esses resultados, de um modo geral, vão em sentido contrário às críticas referentes à provável queda de qualidade do ensino superior como resultado do estabelecimento do sistema de cotas. (CARDOSO, 2008).

Os resultados positivos do sistema de cotas da UnB foram divulgados pela SEPPIR em evento no qual foram homenageados os formandos cotistas desta universidade. Conforme avaliação feita (BRASIL, 2008), em 02 de setembro de 2008, o aumento de estudantes negros na UnB foi de 10 pontos percentuais (antes do sistema de cotas, o número de estudantes negros era de 2%, atualmente, é de 12%). Informa ainda que, no vestibular de 2003, primeiro ano em que a UnB reservou 20% das vagas aos candidatos negros, 378 alunos cotistas foram aprovados, dos quais 44 se formaram no ano de 2008, em 19 cursos distintos²⁰⁵.

Os resultados já apresentados entre o desempenho dos alunos cotistas e não-cotistas da UERJ e da UnB permitem uma avaliação positiva do sistema de cotas nessas universidades. Porém, tendo em vista tal sistema ainda ser recente no sistema educacional brasileiro, qualquer análise definitiva dos dados ainda se mostra precipitada tendo em vista a diversidade

²⁰⁴ Tal fato ganhou imensa repercussão na mídia, utilizando-se aqui da reportagem veiculada na Revista Veja escrita por Rosana Zakabi e Leoleli Camargo (2007).

²⁰⁵ Dado importante da referida análise é que dos 44 formandos, 57,9% já ingressaram no mercado de trabalho. (BRASIL, 2008)

racial que se pretende alcançar no mercado de trabalho. O que se pode afirmar é que se está no caminho certo no sentido de assegurar a diversidade racial na Educação.

4.3 ProUni

O Programa Universidade Para Todos (ProUni) teve início em 2005, instituído pela Medida Provisória nº 213, de 10 de setembro de 2004, convertida na Lei 11.096, de 13 de janeiro de 2005, regulamentado pelo Decreto nº 5.493, de 18 de julho de 2005.

Até o final de 2004, as instituições de ensino superior sem fins lucrativos²⁰⁶ eram isentas do pagamento de tributos, bastando para tanto que concedessem bolsas de estudo (parciais ou integrais) aos alunos, sem regulamentar o Estado, contudo, de que forma tais bolsas seriam concedidas, tampouco a quantidade das mesmas. Esta possibilidade de autoregulamentação da concessão de bolsas pelas universidades ampliava o acesso de vários grupos às universidades, porém tal acesso ainda se mostrava restrito.

Com a instituição do ProUni, o Estado passou a determinar de que forma as bolsas seriam concedidas nessas instituições²⁰⁷, assim como nas instituições com fins lucrativos que tenham aderido ao programa. Segundo o artigo 1º da Lei 11.096/2005, determinou-se que as bolsas concedidas deveriam ser integrais ou parciais de 25% ou 50%, proporcionalmente aos alunos pagantes por curso e turno. As bolsas integrais destinam-se àqueles candidatos cuja renda mensal familiar *per capita* não exceda a um salário mínimo e meio (artigo 1º, §1º, da Lei 11.096/2005). As bolsas de 25% e 50% serão oferecidas àqueles cuja renda acima não ultrapasse três salários mínimos.

Os requisitos para a concessão das bolsas do ProUni, bem como o processo seletivo são previstos, respectivamente, nos artigos 2º e 3º da Lei 11.096/2005, *in verbis*:

Art. 2º A bolsa será destinada:

I - a estudante que tenha cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral;

²⁰⁶ Segundo informações do Ministério da Educação (2008) tais instituições representam 85% das matrículas no ensino superior privado no País.

²⁰⁷ Segundo o artigo 8º da Lei 11.096/2005, as instituições que aderem ao ProUni ficam isentas, durante o período de vigência do termo de adesão, dos seguintes impostos ou contribuições: Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social e Contribuição para o Programa de Integração Social.

II - a estudante portador de deficiência, nos termos da lei;

III - a professor da rede pública de ensino, para os cursos de licenciatura, normal superior e pedagogia, destinados à formação do magistério da educação básica, independentemente da renda a que se referem os §§ 1º e 2º do art. 1º desta Lei.

Parágrafo único. A manutenção da bolsa pelo beneficiário, observado o prazo máximo para a conclusão do curso de graduação ou seqüencial de formação específica, dependerá do cumprimento de requisitos de desempenho acadêmico, estabelecidos em normas expedidas pelo Ministério da Educação.

Art. 3º O estudante a ser beneficiado pelo ProUni será pré-selecionado pelos resultados e pelo perfil socioeconômico do Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM ou outros critérios a serem definidos pelo Ministério da Educação, e, na etapa final, selecionado pela instituição de ensino superior, segundo seus próprios critérios, à qual competirá, também, aferir as informações prestadas pelo candidato.

Parágrafo único. O beneficiário do Prouni responde legalmente pela veracidade e autenticidade das informações socioeconômicas por ele prestadas.

Além de exigir que o candidato tenha cursado o todo o ensino médio em escolas públicas ou escolas privadas, desde que na condição de bolsista integral nestas últimas, o programa também estabelece como pré-requisito para obtenção dos seus benefícios que o candidato participe do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM).

Para o presente estudo, os aspectos mais importantes do ProUni são aqueles que dizem respeito à questão racial, uma vez que para a adesão ao programa, a instituição de ensino deve se comprometer a reservar vagas para pessoas portadoras de deficiência, negros e indígenas, conforme o artigo 7º da Lei 11.096/2005, sendo que o percentual destinado a esses grupos deve ser o mesmo percentual em que são representados na unidade da federação onde situada a instituição de ensino.

A importância da análise do ProUni para este trabalho se mostra pela possibilidade de avaliar os resultados de tais programas como forma de previsão para a política de cotas que se apresenta com o Projeto de Lei 73-C/1999, tratado abaixo, bem como possíveis resultados de outras ações afirmativas que venham a ser implementadas.

O primeiro resultado apresentado pelo ProUni é o aumento do acesso de alunos oriundos da rede pública de ensino ao ensino superior, o que se apresenta como possibilidade de mobilidade social para os beneficiados. Outro dado importante do programa é o aumento da quantidade de negros no ensino superior: segundo dados do Ministério da Educação (BRASIL, 2008), 45,39% dos bolsistas do ProUni são negros, enquanto 47,7% são brancos. Tal proporção jamais foi vista no Brasil, conforme visto no capítulo anterior, e ainda não é

realidade nas instituições de ensino superior públicas, o que demonstra a importância do resultado alcançado como forma de realização da igualdade racial na Educação.

A experiência do ProUni também pode ser utilizada para combater a crítica de que a implementação do sistema de cotas nas universidades reduziriam o nível educacional das mesmas. Segundo a Revista do ProUni, os estudantes beneficiados pelo programa obtiveram notas superiores aos dos alunos não-bolsistas no Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes (ENADE)²⁰⁸ de 2006. O mesmo resultado foi encontrado em pesquisa realizada pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, visando à análise do acesso e permanência dos alunos beneficiados pelo ProUni, que demonstrou, além de boas notas, menor número de faltas destes, o que indica maior compromisso e dedicação:

No 1º semestre de 2005, 77,2% dos alunos que entraram na PUC Minas pelo Prouni foram aprovados em todas as disciplinas. No mesmo período, a reprovação global por desempenho na Universidade foi de 29,7% contra 22,9% para os alunos beneficiados pelo programa do governo. Além disso, mais de 94% dos alunos que entraram na instituição pelo Prouni continuam na Universidade, numa evasão abaixo da média global - só 5,6% deles não se rematricularam, contra o índice de 5,63% para toda a Universidade. Eles também têm se mostrado alunos que não faltam às aulas: apenas 2,9% foram reprovados por frequência, índice que foi de 9,39% para o conjunto dos alunos da PUC Minas. (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS, 2006).

É importante ressaltar que o ProUni exige a aprovação em 75% das disciplinas, em cada período letivo, para manutenção da bolsa, o que impõe o empenho ao aluno e o seu estudo, não sendo coerente que se afirme, conforme tratado no tópico destinado às críticas às ações afirmativas, que a qualidade do ensino superior é reduzida com a concessão deste tipo de benefício.

Para que a qualidade dos cursos das instituições superiores sejam mantidas, foi alterado o parágrafo 4º, do artigo 7º da Lei 11.096/2005 pela Lei nº11.509, em 20 de julho de 2007, estabelecendo que os cursos que forem considerados insuficientes pelo Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES) serão desvinculados do ProUni.

Atualmente, o ProUni, que pode ser considerado uma ação afirmativa, tem se mostrado como um dos principais meios de realização da justiça distributiva²⁰⁹, almejada pelas ações afirmativas de forma geral, uma vez que garante o acesso à universidade ao estudante oriundo da rede pública de ensino, bem como aos negros, indígenas e portadores de

²⁰⁸ O Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes (ENADE) afere, por amostragem, o rendimento dos alunos nos cursos de graduação.

²⁰⁹ No final de 2008, formaram-se os primeiros 56.000 bolsistas do ProUni que ingressaram nas universidades em 2005 (FISCHBERG, 2008).

deficiência. Embora reconhecido dessa maneira, hoje, a recepção do programa ora analisada também foi recebida com alarde, o que será estudado quando da análise jurisprudencial.

4.4 Ações afirmativas na Educação previstas no Estatuto da Igualdade Racial (Projeto de Lei do Senado Federal nº 213/2003 - Substitutivo do Projeto de Lei nº 6.264/2005 da Câmara dos Deputados)

Em seção destinada à Educação, no Estatuto, inicialmente trata-se do resgate da importância da História da população negra na construção da identidade nacional, tornando como obrigatório nos estabelecimentos de ensino fundamental e médio, públicos e privados, o estudo da História Geral da África, bem como da população negra no Brasil, o que já é previsto nas Leis 9.394/1996 (artigo 26-A, citado no tópico acima), 10.639/2003 e 11.645/2008.

Nesta seção, também há a previsão (art. 14) de fomento à pesquisa e criação de linhas de pesquisa para temas referentes às relações raciais e a outros assuntos relacionados à população negra, assim como a previsão de incentivo da União, por meio dos órgãos competentes, às instituições de ensino superior públicas e privadas para que assegurem a pluralidade e a inclusão social (art. 15), o que poderá ser realizado pelo sistema de preferências ou de incentivos fiscais e distribuição de recursos.

Com a entrada do Estatuto em vigor, passará a ser obrigatória, conforme previsão do seu artigo 16, a inclusão do quesito raça/cor, conforme autotclassificação, e do gênero, nos instrumentos para coleta de dados do Censo Escolar, em todos os níveis de ensino.

Incentiva também o Estatuto a atuação no âmbito privado, quando prevê, em seu artigo 17 o apoio do Poder Público às ações sócio-educacionais realizadas por entidades do Movimento Negro.

Na Subseção I, do Capítulo II, Título I, reside o principal motivo de discussões acerca da viabilidade de se promulgar esta Lei: a previsão do sistema de cotas na Educação.

Esta subseção foi inteiramente modificada, em virtude da aprovação, pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei 73/1999²¹⁰, restringindo-se à previsão do sistema de cotas, em seu artigo 18, à atribuição da responsabilidade pelo acompanhamento e avaliação

²¹⁰ O qual será tratado no tópico seguinte.

dos programas de cotas ao MEC e à SEPPIR (artigo 19) e condicionando-se a autorização e reconhecimento de cursos nas instituições de ensino superior públicas e privadas, na forma do artigo 46 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996) à existência de programas de ação afirmativa para ingresso e permanência de negros:

Art. 18. O Poder Público adotará programas de ação afirmativa destinados a assegurar o preenchimento de vagas, pela população negra, nos cursos oferecidos pelas instituições públicas federais de educação superior e nas instituições públicas federais de ensino técnico de nível médio.

Parágrafo único. A implementação das ações afirmativas a que se refere este artigo poder-se-á fazer mediante a destinação, para a população negra, de parte das vagas reservadas a estudantes que tenham cursado o ensino fundamental ou o ensino médio em escolas públicas, em proporção no mínimo igual à de pretos e pardos na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição de ensino, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Tendo em vista a completude da previsão do sistema de cotas pelo Projeto de Lei nº 73 – C de 1999, no tópico seguinte far-se-á a análise completa deste último, uma vez que a previsão de reserva desse projeto de lei abarcou a previsão do Estatuto da Igualdade Racial, complementando-a em alguns pontos que ensejaram a proposta de Emenda ao Substitutivo do Projeto de Lei 6.264/2005 do deputado João Almeida, que sugere a supressão dos artigos 21 a 28 (todos tratam da política de cotas), tendo em vista que a discussão atual das cotas abrange a inclusão dos índios e dos indivíduos de baixa renda, não se restringindo à população negra.

4.5 Ações afirmativas na Educação previstas no Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 73/1999

O Projeto de Lei nº 73/1999, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e estaduais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio, foi proposto pela deputada Nice Lobão, em 24 de fevereiro de 1999. Tramitando em regime de prioridade, foi aprovada a sua redação final pela Câmara dos Deputados, no dia 20 de novembro de 2008, e remetido ao Senado Federal para apreciação.

Os artigos deste projeto de lei serão analisados, um a um, com a finalidade de se verificar se a forma como as cotas nele são previstas coadunam-se com o princípio da igualdade, bem como se, caso venham a ser efetivamente executadas, possuem o condão de

combater a discriminação racial no Brasil, bem como propiciar a inclusão social que se almeja. Eis o artigo 1º do Projeto:

Art. 1º. As instituições públicas federais de educação superior, vinculadas ao Ministério da Educação, reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o *caput* deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário mínimo *per capita*.

No primeiro artigo do projeto de lei, há a necessidade de correção, uma vez que a ementa do projeto prevê que o mesmo dispõe sobre o “ingresso nas universidades federais e estaduais”, enquanto no artigo 1º a previsão de cotas dirige-se somente à rede pública federal de ensino.

Inicialmente, a previsão de reserva de vagas nos cursos de graduação se refere aos estudantes que tenham cursado todo o ensino médio em escolas públicas.

Das vagas oferecidas aos estudantes oriundos da rede pública de ensino, 50% são reservadas aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário mínimo *per capita*, o que permite afirmar que, embora a lei preocupe-se com os alunos de classes sociais mais baixas, a prioridade de inclusão no ensino público superior é dos alunos oriundos de escolas públicas.

É importante noticiar que a Procuradoria da República em Minas Gerais ajuizou, em 1999, pedindo a reserva de 50% das vagas para os alunos egressos de escolas públicas em 12 instituições de ensino superior, no Estado de Minas Gerais: Universidade Federal de Viçosa, Universidade Federal de Minas Gerais, Universidade Federal de Lavras, Universidade Federal de Uberlândia, Universidade Federal de Juiz de Fora, Universidade Federal de Ouro Preto, Fundação de Ensino Superior de São João Del-Rei, Escola Federal de Engenharia de Itajubá, Faculdade Federal de Odontologia de Diamantina, Escola de Farmácia e Odontologia de Alfenas, Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro e Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais. O pedido obteve procedência, em Primeira Instância, o que se confirmou no Tribunal Regional Federal – 1ª Região.

A decisão ainda não transitou em julgado, tendo em vista que tramita agravo de instrumento perante o Superior Tribunal de Justiça. Contudo, é importante que se conheça a

fundamentação²¹¹ para o provimento do pedido, tendo em vista ir ao encontro do que é defendido ao longo de todo este trabalho, bem como por fundamentar com solidez a legalidade e a necessidade de reserva de vagas nas instituições de ensino superior públicas aos alunos oriundos das escolas públicas:

CONSTITUCIONAL. ENSINO SUPERIOR PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PARA RESERVA DE VAGAS (COTAS) PARA ESTUDANTES EGRESSOS DA REDE PÚBLICA DE ENSINO. LEGITIMIDADE ATIVA DO PARQUET PARA PROPOR AÇÕES COLETIVAS NA DEFESA DOS INTERESSES SOCIAIS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS (CF ART. 127). LEGITIMIDADE PASSIVA DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AÇÕES AFIRMATIVAS. MÉRITO ACADÊMICO E ISONOMIA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.

1. [...]. 9. Dispõem o art. 206, inciso I, da Constituição da República e o artigo 3º, incisos VI e IX, da Lei de Diretrizes e Bases que o ensino será ministrado com base nos princípios de igualdade de condições para acesso e permanência na escola.

10. A maioria dos alunos que concluem o ensino médio no Estado de Minas Gerais são egressos da rede de ensino pública, na proporção de quatro estudantes provenientes da escola pública para cada aluno egresso da rede de ensino médio privada.

11. A questão da democratização do acesso ao terceiro grau tem a ver com o número crescente da procura de vagas por parte de jovens egressos das escolas públicas de segundo grau que não têm condições de concorrer em nível de conhecimento com alunos que cursaram o ensino médio na rede privada em melhor qualidade acadêmica.

12. É notória a insuficiência de vagas nas universidades públicas; e o processo de privatização acelerado que o ensino superior está passando não atende às necessidades dos alunos de baixa renda que não podem pagar mensalidades.

13. Alguns fatores que conduzem à dificuldade de acesso de alunos da rede pública de ensino a terem pouca ou nenhuma oportunidade de ingressarem no nível superior são a deficiente qualidade do ensino médio, a ausência de incentivo familiar e da sociedade, a necessidade de ingressar no mercado de trabalho e a concorrência dos estudantes intelectualmente mais preparados da rede de ensino privada.

14. As enormes deficiências do ensino fundamental e médio da escola pública fazem com que os alunos de menor renda fiquem sub-representados na universidade pública. Somente 20% dos que iniciaram os estudos de segundo grau na rede pública concluem o curso.

15. A qualidade do ensino ministrado influi na possibilidade de se competir no mercado de trabalho. As insuficiências do ensino público de primeiro e segundo graus ministrados aos segmentos mais pobres da sociedade brasileira fazem com que seja menor a possibilidade de ascensão social.

16. O desaparecimento de níveis de desigualdade intoleráveis no acesso à sociedade do conhecimento não se dará pelo livre funcionamento do mercado. Políticas universais de desenvolvimento em países de passado caracterizado por desníveis sociais e econômicos profundos só logram êxito de fazer desaparecer as desigualdades em longuíssimo tempo. Daí a necessidade de ações específicas para determinados grupos estigmatizados e marginalizados.

17. Os atuais métodos de seleção de candidatos ao ensino superior público fazem com que o Estado favoreça os que têm em detrimento dos que não têm recursos.

18. O país não dispõe de recursos orçamentários para o ensino obrigatório (de qualidade ou não) dos sete aos quatorze anos e não há perspectiva alguma de se alterar a distribuição do orçamento para implementar a universalização do ensino de

²¹¹ Optou-se por citar as fundamentações pertinentes ao tema em estudo, tendo em vista a extensão da decisão. Recomenda-se, portanto, a leitura integral da mesma.

primeiro e segundo graus de qualidade.

19. As práticas institucionais dos órgãos do Estado permitem métodos excludentes. A má qualidade do sistema de educação prestada a grupos de crianças carentes não causa clamor público em virtude de ausência de cidadania simbólica (direito de ter direito) de que são acometidos certos segmentos da população.

20. O acesso exclusivo do aluno ao terceiro grau mediante o concurso vestibular é um instrumento que avalia a capacitação intelectual dos iguais. A ausência de outros critérios de avaliação que não o somatório de notas no referido exame produz a igualdade dos iguais.

21. A igualdade formal padece de limitações enquanto a igualdade material pressupõe a distribuição desigual de oportunidades para que os desfavorecidos obtenham um nivelamento de oportunidade. O princípio da igualdade material insere-se na Constituição nas normas programáticas que objetivam conceder direitos àqueles que não usufruem dos bens da vida.

22. Descumprindo o Estado o princípio de igualdade de condições (igualdade material ou substancial) em relação aos desiguais de escola pública, há que se promover uma desigualdade positiva para o efeito de obter a igualação jurídica real.

23. A ordem constituída é mais que uma ordem legitimada pelos fatos. Assenta-se a ordem jurídica na consciência de que não será eficaz sem o concurso da vontade. As normas programáticas adquirem vigência por meio de atos da vontade humana.

24. "Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção ex post facto, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas - isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-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". (Joaquim B. B. Barbosa. Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da igualdade. Rio, Renovar, 2001, p. 40-A.)

25. "A definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos enraizados na cultura dominante na sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias". Criação que refletiria uma "mudança comportamental dos juízes constitucionais de todo o mundo democrático do pós-guerra", que estariam mais conscientes da necessidade de uma "transformação na forma de se conceberem e aplicarem os direitos, especialmente aqueles listados entre os fundamentais. Não bastavam as letras formalizadoras das garantias prometidas; era imprescindível instrumentalizarem-se as promessas garantidas por uma atuação exigível do Estado e da sociedade. Na esteira desse pensamento, pois, é que a ação afirmativa emergiu como a face construtiva e construtora do novo conteúdo a ser buscado no princípio da igualdade jurídica. O Direito Constitucional, posto em aberto, mutante e mutável para se fazer permanentemente adequado às demandas sociais, não podia persistir no conceito estático de um direito de igualdade pronto, realizado segundo parâmetros históricos eventualmente ultrapassados" (idem p. 42-43).

26. As ações afirmativas de discriminação positiva são métodos para diminuir as

desigualdades estruturais de grupos expostos à discriminação. Mediante ações específicas, opera-se o favorecimento de certas minorias sociais de forma que se logre a isonomia de oportunidades. Busca-se, assim, uma inclusão de indivíduos na estrutura social que de outra maneira permaneceriam excluídos.

27. As políticas compensatórias não têm por objetivo perdurar indefinidamente no tempo. São necessárias somente enquanto uma falsa estrutura de direitos formais, que favorece a apropriação e controle do acesso ao poder e aos benefícios sociais pelo grupo dominante, afasta sujeitos historicamente discriminados desses mesmos benefícios.

28. Apelações das rés improvidas. 29. Remessa parcialmente provida. (MINAS GERAIS, TRF-1, AC 1999.38.00.036330-8/MG. Rel.: Selene Maria de Almeida, 2007) (grifo nosso)

A promulgação do PL 73 – C/1999 expandiria esse sistema a todas as instituições de ensino públicas federais, bem como a implantação do sistema de cotas com vistas a beneficiar os alunos egressos de escolas públicas satisfaria aos críticos das ações afirmativas que alegam que a desigualdade social no Brasil é somente de fundo sócio-econômico, e não racial²¹².

Contudo, as mudanças não se limitam ao artigo 1º:

Art. 2º. As universidades públicas deverão selecionar os alunos advindos do ensino médio em escolas públicas tendo como base o Coeficiente de Rendimento - CR, obtido por meio da média aritmética das notas ou menções obtidas no período, considerando-se o currículo comum a ser estabelecido pelo Ministério da Educação e do Desporto.

Parágrafo único. As instituições privadas de ensino superior poderão adotar o procedimento descrito no *caput* deste artigo em seus exames de ingresso.

O que se depreende da leitura deste artigo é que o tradicional vestibular seria substituído por um processo seletivo que leve em consideração a vida escolar pregressa do estudante. Porém, esse artigo é confuso, no sentido de que não permite concluir de que forma os alunos que não estivessem concorrendo às vagas reservadas por cotas as disputariam. Dessa forma, caso os mesmos continuem a ser selecionados por meio do vestibular, vários questionamentos surgem acerca do desatendimento ao princípio da igualdade, uma vez que existiriam dois tipos de processo seletivo em uma mesma seleção. A correção vem com a opção por um dos dois tipos de seleção: vestibular ou análise curricular, para todos os concorrentes, cotistas ou não-cotistas.

O parágrafo único do artigo em tela permite às instituições privadas de ensino superior adotarem o mesmo processo seletivo.

Merece destaque, levando-se em conta as justificativas das ações afirmativas – compensatória (visando a corrigir o passado) e distributiva (tendo em vista a garantia da

²¹² Embora, conforme visto no capítulo anterior tal crítica não se comprova, quando se observa a realidade brasileira, ficando claro que no Brasil a discriminação racial é traço determinante da sociedade, baseando-se o preconceito na aparência do indivíduo.

diversidade futura) – que tal artigo se utiliza da segunda delas, uma vez que, embora o processo seletivo analisará a vida pregressa do candidato, por meio do coeficiente de rendimento do mesmo durante o ensino médio. A análise curricular possibilitará que o processo seletivo enfoque as contribuições que os candidatos poderão oferecer para a melhoria do ensino e aumento da diversidade na universidade, futuramente.

O artigo 3º complementa o artigo 1º, inserindo a questão racial no sistema de cotas:

Art. 3º. Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados negros, pardos e indígenas, no mínimo igual à proporção de negros, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Parágrafo único. No caso de não-preenchimento das vagas segundo os critérios estabelecidos no *caput* deste artigo, aquelas remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

O sistema de cotas adotado pelo PL 73-C/1999 é o flexível, tendo em vista levar em consideração se o candidato à vaga cursou todo o ensino médio em escola pública, bem como sua renda *per capita*, além da sua cor ou etnia.

Portanto, a reserva das vagas é, primordialmente, para os alunos oriundos da rede pública de ensino, a eles sendo reservado 50% das vagas totais, sendo que, dessa porcentagem reservar-se-á aos negros, pardos e indígenas percentual conforme a proporção da população na unidade da Federação onde está instalada a instituição, observado o último censo do IBGE.

O projeto de lei é omissivo quanto à forma pela qual os candidatos cotistas se enquadrarão em um ou outro requisito para as cotas, ou se poderão concorrer às mesmas preenchendo todos os requisitos. O requisito principal é ter cursado todo o ensino médio em escolas públicas. Das vagas reservadas a estes, 50% deverão ser reservadas aos candidatos cuja renda *per capita* seja igual ou inferior a um salário mínimo; e aos negros, pardos e indígenas, deverão ser reservadas, das vagas reservadas aos alunos oriundos das escolas públicas, vagas na proporção de sua representação na unidade da federação em que se situa a instituição.

A melhor interpretação dos referidos dispositivos é a de que das vagas reservadas aos cotistas, 50% sejam reservadas aos candidatos que possuam a renda igual ou inferior a 1,5 salário mínimo, sendo que os candidatos negros, pardos e indígenas concorrem a ambas as vagas, observada a proporção da representação destas populações na unidade da federação em que se situe a instituição de ensino; as demais vagas são acessíveis aos alunos que não se enquadrem em um ou outro requisito, mas tenham cursado todo o ensino médio em escolas públicas,

encarregando-se a comissão de seleção dos alunos de efetuarem a complexa operação matemática que se apresenta, de forma a se alcançarem as proporções pretendidas.

O critério seletivo apresentado pelo PL 73/1999 se mostra justo, tendo em vista que leva em consideração a classe social (considerando-se que a maioria dos estudantes das escolas públicas pertence às classes sociais mais baixas), bem como a discriminação racial, buscando a inclusão social e a representatividade dos negros e indígenas na mesma proporção em que são representados na sociedade.

Entretanto, o artigo em tela apresenta problema na classificação racial dos candidatos, tendo em vista que distingue negros e pardos. Segundo a classificação do IBGE as cores/raças distinguem-se da seguinte forma:

[...] branca, preta, amarela (compreendendo-se nesta categoria a pessoa que se declarou de raça amarela), parda (incluindo-se nesta categoria a pessoa que se declarou mulata, cabocla, cafuza, mameluca ou mestiça de preto com pessoa de outra cor ou raça) e indígena (considerando-se nesta categoria a pessoa que se declarou indígena ou índia). (IBGE, 2006)

Dessa forma, o IBGE não distingue negros de pardos, mas sim, pretos e pardos, sendo que essas duas categorias juntas formariam o conjunto dos negros. Ou seja, a distinção feita pelo projeto de lei entre os termos “negros” e “pardos” distingue termos que expressam a mesma coisa, devendo o projeto ser alterado de forma a unificar tais classificações ao termo “negros”, de forma a impedir que um indivíduo que possua maiores características fenotípicas da cor/raça branca fraude o processo seletivo se declarando “pardo”.

O mesmo sistema de cotas será o utilizado para o preenchimento das vagas nas instituições federais de ensino técnico de nível médio, conforme artigos 4º e 5º.

No projeto de lei em análise, atribui-se ao Ministério da Educação e à SEPPIR, ouvida a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), a responsabilidade pelo acompanhamento e avaliação do programa de ações afirmativas na educação previsto no Estatuto (artigo 6º).

O caráter temporário das ações afirmativas foi considerado pelo PL 73/1999, que prevê a revisão do programa, tanto relativamente aos negros, pardos e indígenas, quanto aos alunos oriundos das escolas públicas, no prazo de 10 anos, conforme artigo 7º, *in verbis*:

Art. 7º. O Poder Executivo promoverá, no prazo de 10 (dez) anos, a contar da publicação desta Lei, a revisão do programa especial para o acesso de estudantes negros, pardos e indígenas, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, nas instituições de educação superior.

Isto significa dizer que o sistema de cotas não é perpétuo, mas terá validade enquanto as discriminações forem constadas. Também as cotas para alunos que cursaram integralmente o ensino médio em escolas públicas só serão necessárias até que o ensino público equivalha, aproximadamente, em qualidade, ao ensino privado. Tal revisão poderá ser feita através de avaliações do ensino médio, bem como por meio de censos nas universidades para que se analise a proporção da população negra nas mesmas.

O PL prevê como data limite para a total implementação do sistema de cotas o prazo máximo de quatro anos, a contar da data da publicação do mesmo, sendo que, antes desse prazo, as instituições de ensino das quais tratam o projeto de lei, deverão implementar, no mínimo, 25% da reserva de vagas a cada ano, conforme disposto no artigo 8º.

O sistema de cotas previsto no Projeto de Lei 73/1999 se apresenta constitucional, mostrando-se capaz de promover a inclusão social e racial almejada pelo Estado Democrático de Direito. As políticas previstas no projeto de lei atendem às modernas concepções do princípio da igualdade, ou seja, levando-se em conta as diferenças, considerando-se as mesmas como a melhor possibilidade de se efetivar a igualdade racial na Educação, uma vez que consideram a defasagem do ensino médio público brasileiro, em relação à qualidade do ensino privado, bem como a discriminação racial existente em nossa sociedade.

Os benefícios advindos com a execução do projeto em estudo poderão ser muitos, dentre eles, o aumento da qualidade do ensino público, tendo em vista a possibilidade de retorno da classe média, que atualmente ocupa o ensino privado, para o ensino médio público, com vistas a poder se beneficiar das cotas; bem como, o aumento da diversidade social, cultural e racial no ensino superior, com a conseqüente formação de cidadãos que se adaptem a essas diferenças e com elas aprendam a conviver de forma harmoniosa.

Deve-se destacar, porém, alguns problemas que necessitam de análise pelos legisladores, quando da edição do projeto de lei, quais sejam: os alunos oriundos dos centros de excelência do ensino público médio, como por exemplo, os Centros Federais de Educação Tecnológica (CEFET's) e Colégios Técnicos (COLTEC's) das universidades ocuparão praticamente todas as vagas reservadas pelas cotas, uma vez que seus concorrentes (de outras escolas públicas) estarão muito aquém do seu nível educacional.

A fim de ilustrar a diferença que se apresenta, vale citar os resultados do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) (a nota varia entre 0 e 100) em algumas das principais instituições do estado de Minas Gerais: os alunos do Colégio Santo Antônio, tradicional escola privada da cidade de Belo Horizonte, obtiveram como nota média no ENEM 78,83; os alunos do CEFET/MG alcançaram a média de 74,21; os estudantes do COLTEC do Centro Pedagógico da Universidade Federal de Minas Gerais obtiveram a nota 74,87 (INEP, 2007). As notas destas duas últimas

instituições assemelham-se às da instituição privada apresentada, e em vários momentos ultrapassa a nota média obtida por alunos de várias outras instituições privadas.

Por outro lado, a grande maioria dos alunos oriundos da rede municipal e estadual das escolas de Belo Horizonte (INEP, 2007), obteve notas médias abaixo de 55, a título de exemplo, a tradicional escola Estadual Central (Escola Estadual Governador Milton Campos), que teve como seus alunos ilustres o sociólogo Herbert José de Souza – Betinho, assim, como o cartunista Henfil, alcançou a nota 60,39, resultado da má qualidade do ensino público brasileiro.

A questão que se apresenta é se os alunos dos centros de excelência do ensino médio público citados acima devem realmente ter o direito de concorrer às vagas reservadas aos alunos oriundos de escolas públicas.

O que se pode concluir da análise do Projeto de Lei 73/1999 é que a pluralidade e a igualdade buscadas no Estado Democrático de Direito podem ser satisfeitas com a sua edição, antes, porém, é necessário que se discutam as questões pendentes, bem como sejam corrigidos os erros que se apresentam, como forma de se evitarem ações judiciais futuras.

4.6 Jurisprudência

As ações afirmativas tratadas ao longo deste trabalho foram exaltadas por vários grupos sociais, porém são rechaçadas por outros, que ingressaram com ações judiciais na tentativa de barrar a sua execução.

Por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.330, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (COFENEN) pede a declaração da inconstitucionalidade da MP 213/2004 (que institui o ProUni), alegando a autora, dentre os diversos argumentos utilizados para pleitear a declaração de inconstitucionalidade da MP em questão, que o ProUni viola a isonomia prevista nos artigos 3º e 5º da Constituição de 1988, bem como viola a previsão de “igualdade de condições para acesso e permanência na escola” (art. 206 da CF), conforme petição inicial:

[...] os postulantes a cursos de nível superior, independente de sua condição sócio-econômica, racial, gênero ou credo, têm, à luz da Constituição Federal, os mesmos direitos, não podendo a lei estabelecer outras discriminações para o acesso, que não seja a baseada na capacidade de cada um, demonstrada objetivamente. (MARTINS, 2004, p. 24)²¹³.

²¹³ Conforme visto quando se tratou do princípio da igualdade, tal fundamentação se mostra em desconformidade com o paradigma do Estado Democrático de Direito, uma vez que leva em consideração somente a acepção formal do princípio da igualdade.

A requerente (MARTINS, 2004) questiona ainda a legitimidade do critério racial se apresentar como requisito para a concessão de bolsas no ProUni, fundamentando-se no descumprimento dos artigos 3º e 5º da CF, afirmando também que é obrigação do poder público a capacitação dos indivíduos para que estes tenham acesso ao ensino superior:

[...], a medida provisória estabelece discriminação entre os cidadãos brasileiros, ao arrepio do que permite a Lei Maior. Em face dos princípios consagrados na Constituição, a todos os alunos de cursos superiores devem ser assegurados os mesmos direitos, não podendo a lei – e, menos ainda, ato legislativo provisório, como é o caso da MP 213/2004 – estabelecer validamente discriminações que não sejam fundadas no preparo intelectual, como critério para prover as vagas existentes no ensino superior.

É, entretanto, o que faz a medida provisória em tela, na medida em que atribui, a alguns, maiores direitos que a outros, como, por exemplo, o de ingressar no ensino superior com menor qualificação, considerando critérios sócio-econômicos ou raciais, o que viola a isonomia assegurada não só no art. 5º, da CF, mas também no art. 206, segundo o qual deve o Poder Público assegurar “**igualdade de condições para acesso e permanência na escola**” e no art. 208, V, que garante o acesso ao ensino, a pesquisa e à criação artística **segundo a capacidade de cada um** (art. 208, inciso V). (MARTINS, 2004, p. 04).

A ADI continua em fase de julgamento (STF, 2008a), sendo que o relator do processo, Ministro Carlos Britto, a julgou improcedente, fundamentando-se na possibilidade de desigualação dos estudantes oriundos da rede pública de ensino, em face da educação de má qualidade por eles recebida, reconhecendo que a lei em questão não ofende o princípio da igualdade, uma vez que o combate à desigualdade é forma de se realizar este princípio²¹⁴.

Também tramita perante o STF a ADI 3.197, no qual a COFENEN pede a declaração de inconstitucionalidade da Lei 4.151/03 do Estado do Rio de Janeiro, alegando a violação do princípio da proporcionalidade, bem como os artigos 5º, *caput*, 19, III; 206, I e 208,V da CF, por beneficiar a referida lei os candidatos negros, alunos oriundos de escolas públicas situadas no Estado do Rio de Janeiro, portadores de deficiência e pertencentes a minorias étnicas (todos eles comprovadamente carentes).

²¹⁴ Da mesma forma, o relator: “Também não acolheu a tese de que o art. 7º da norma em questão violaria o princípio da autonomia universitária (CF, art. 207), visto que o PROUNI seria um programa concebido para operar por ato de adesão ou participação absolutamente voluntária. Esgrimiou, ademais, o argumento de ofensa ao princípio da livre iniciativa (CF, art. 170), ao fundamento de que este postulado já nasceria relativizado pela própria Constituição, pois a liberdade de iniciativa estaria sujeita aos limites impostos pela atividade normativa e reguladora do Estado, que se justificasse pelo objetivo maior de proteção de valores também garantidos pela ordem constitucional e reconhecidos pela sociedade como relevantes para uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.” (STF, 2008a). Após o voto do Ministro Carlos Britto, pediu vista dos autos o Ministro Joaquim Barbosa Gomes.

A autora (VIEIRA, 2006) alega a discriminação dos alunos brancos pobres, alunos oriundos de escolas particulares e os alunos pobres pardos (desconsiderando a autora que o conceito de negros abrange os pretos e pardos). A COFENEN também fundamenta seu pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei em tela tendo em vista a afronta ao artigo 5º da CF, bem como ofensa aos princípios do mérito e da proporcionalidade. Ressalta na petição inicial:

Vale dizer, portanto, que se o Constituinte de 1988 quisesse estender esse mesmo discrimen ao ingresso do aluno deficiente na universidade, ele o teria feito no próprio texto da Constituição, na parte relativa à Educação (Título VIII, Capítulo III, Seção I). Se quisesse criar distinção com base na **cor** ou na **etnia** do candidato ao vestibular, teria da mesma maneira assim disposto, excepcionando, no caso, os **princípios da isonomia e da proibição de discriminação**. E se pretendesse também privilegiar alunos da **rede pública** de ensino em detrimento daqueles oriundos do **ensino particular**, o legislador constituinte teria incluído na Carta Magna norma com esse alcance. (CARNEIRO, 2004).

A argumentação utilizada baseia-se em aspectos fundamentais do Positivismo, quais sejam, de que somente a lei escrita possui validade no Direito, desconsiderando a autora a possibilidade de interpretação da norma constitucional segundo os princípios nela contidos. Pretender que a Constituição da República preveja todas as situações possíveis no mundo dos fatos se mostra, no mínimo, ingênuo. Em face de tal impossibilidade é que a doutrina jurídica evoluiu no sentido de reconhecimento da normatividade dos princípios, de forma a solucionar os casos difíceis que se apresentam²¹⁵.

O processo ainda está sendo apreciado, sendo que o último andamento, em 19/12/2008 (STF, 2008b), no mesmo foi o pedido feito pelo Estado do Rio de Janeiro para que seja julgado prejudicado o processo, uma vez que a lei nele questionada foi revogada.

O julgamento dos processos acima citados é de suma importância para a questão das ações afirmativas no Brasil, podendo determinar se as mesmas continuarão a ter validade ou não, o que afetará de forma direta o princípio da igualdade bem como a sua interpretação constitucional²¹⁶.

²¹⁵ A evolução do tratamento jurídico dado aos princípios foi tratada no tópico 2.1.

²¹⁶ “Assim, não consideramos haver de se exigir do judiciário um papel preponderantemente ativo no estabelecimento de maior igualdade substancial na sociedade brasileira. O que há de se exigir fundamentalmente é que este poder controle as leis elaboradas pelo legislativo de forma a compreender com clareza o conceito de igualdade não tão aberto colocado por nossa Constituição [...]”. (GODOI, 1999, p. 172).

5 CONCLUSÃO

A concepção atual do princípio da igualdade, pautada pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, que reconhece a normatividade dos princípios, não se contenta com o seu mero reconhecimento formal, sendo necessário que o Estado e a sociedade, de forma conjunta envidem todos os esforços para materialização da igualdade, assegurando-se a todos os indivíduos o direito de participar da vida política da sociedade. Para tanto, deve-se levar em consideração que a igualdade democrática não tem caráter homogeneizante, mas é um direito fundamental que impõe o dever de respeito e consideração pelas diferenças dos indivíduos, em virtude do pluralismo e da complexidade da sociedade contemporânea.

Neste contexto, não pode o Estado permanecer de braços cruzados diante da persistência da discriminação racial no Brasil. Tentar camuflar tal mazela social afirmando-se que em nosso País o preconceito se volta contra os pobres, mas não contra os negros, se mostra utópico ou como uma tentativa de se mascarar uma realidade evidente. A discriminação racial se faz sentir mesmo por quem não é negro, quando, por exemplo, em um

curso de Pós-Graduação, há um ou nenhum professor negro, assim como é composto o corpo discente.

E é esta discriminação na Educação a forma mais preocupante do preconceito racial, uma vez que a formação acadêmica e cultural é determinante na formação da elite intelectual de um país. E, uma vez não representado, um grupo social se verá tolhido da participação democrática, bem como a ele não serão dirigidas políticas, o que impedirá sua ascensão social.

Apresenta-se neste trabalho como solução para as desigualdades raciais que se praticam na Educação a adoção de ações afirmativas, como forma de inserção do negro nos mais diversos setores sociais, bem como de se aumentar a representatividade dessa população, que atualmente constitui maioria populacional no País, e dirigir-lhes o respeito e consideração que lhe são devidos.

Na Educação, levando-se em consideração a realidade brasileira, qual seja, má qualidade do ensino público, impossibilidade de ascensão social da população carente, além das discriminações que sofrem negros, indígenas e deficientes físicos, as cotas flexíveis se apresentam como mecanismo propício a inserir essa população historicamente excluída dos bancos universitários, propiciando o aumento da diversidade no ensino superior.

Portanto, tendo em vista a possibilidade de efetivação da igualdade pelas ações afirmativas, as mesmas se mostram em plena consonância com o texto constitucional, aguardando-se, no momento, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, sendo necessário ressaltar que, conforme visto acima, quatro ministros, quais sejam, Carlos Britto, Joaquim B. Barbosa Gomes, Carmen Lúcia Antunes Rocha e Marco Aurélio já se manifestaram a respeito de ações afirmativas, esperando-se que prevaleça o entendimento destes, quando do julgamento das ações em trâmite.

Dentre os questionamentos de constitucionalidade sobre as ações afirmativas, também é importante ressaltar aquele que versa sobre o ProUni, programa este que já se apresentou como importante instrumento de realização de justiça social, possibilitando o acesso de grande parte da população brasileira ao ensino superior. Porém, o ProUni, por si só, não é capaz de realizar a igualdade racial que deve haver nas universidades, sendo necessário maior atenção e celeridade na aprovação do Estatuto da Igualdade Racial e do Projeto de Lei 73/1999, que se mostram como instrumentos aptos para tanto e compatíveis com a Constituição Federal.

Finalmente, é importante destacar que o que se espera com a adoção das ações afirmativas como forma de aumentar a diversidade no setor educacional e, posteriormente, nos postos mais elevados do mercado de trabalho é a modificação da mentalidade racista brasileira. É a efetivação da sociedade fraterna, plural e sem preconceitos, que respeita as diferenças dos indivíduos, permitindo aos mesmos serem livres para realizar suas potencialidades.

REFERÊNCIAS

ACAYABA, Cíntia; REIS, Thiago. Colégios ignoram lei que obriga ensino da cultura afro. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 27 out. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u460795.shtml>>. Acesso em 05 jan. 2008.

AGUALUSA, José Eduardo. **O vendedor de passados**. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de los Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Alberto Carlos. **A cabeça do brasileiro**. Rio de Janeiro: Record, 2007.

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. **O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

AMAPÁ. Assembléia Legislativa do Estado do Amapá. **Lei nº 1.023, de 30 de junho de 2006**. Institui o Sistema Especial de Reserva de Vagas para estudantes egressos de escolas

públicas nas instituições estaduais de educação superior e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.ap.gov.br/PL024A06.htm>>. Acesso em 09 dez. 2008.

AMAPÁ. Assembléia Legislativa do Estado do Amapá. **Lei nº 1.022, de 30 de junho de 2006.** Dispõe sobre a reserva de vagas aos vestibulandos indígenas na Universidade Estadual do Amapá. Disponível em: <<http://www.al.ap.gov.br/PL028A06.htm>>. Acesso em 09 dez. 2008.

AMAPÁ. Secretaria de Estado da Comunicação Social. **Sancionada lei de cotas para afrodescendente na UEAP.** Dispõe sobre a reserva de vagas aos vestibulandos indígenas na Universidade Estadual do Amapá. Amapá: Governo do Estado do Amapá, 2008. 18 set. 2008. Disponível em: <<http://www4.ap.gov.br/jsp/noticias/news.jsp?ref=6619&dtDay=2008-09-18>>. Acesso em 09 dez. 2008.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** Tradução: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril S.A. Cultural, 1984.

ARISTÓTELES. **Política.** Tradução: Therezinha Monteiro Deutsch Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 2000. (Os Pensadores)

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luis Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. IN: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.) **Crise e desafios da constituição:** perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 469-508

BARROS, Louise Menegaz. Um olhar crítico sobre o *ius gentium*. **Revista Eletrônica de Direito Internacional.** Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/artigos/Louise%20Barros%20Geral.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2008.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. **Ação Afirmativa e os Princípios do Direito:** A Questão das Quotas Raciais pra o Ingresso no Ensino Superior no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

BIRIUKOVITCH V.; LEVITSKI I. A Idade Média. IN: PINSKY, Jaime. **O modo de produção feudal.** São Paulo: Brasiliense, 1979.

BLAINEY, Geoffrey. **Uma breve história do mundo.** São Paulo: Fundamento, 2008.

BLOCH, Léon. **As lutas sociais na Roma Antiga.** Lisboa: Publicações Europa-America, 1974. 2.ed (Coleção Saber)

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** 10 ed. Trad: Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade, 1999.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico:** Lições de filosofia do direito. Trad: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB Editora, 2004.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 6.264/2005**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/359794.pdf>>. Acesso em 29 dez. 2008.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 73 - C/1999**. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/prop_lista.asp?fMode=1&btnPesquisar=OK&Ano=1999&Numero=73%20&sigla=PL>. Acesso em 05 jan. 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. **Substitutivo Projeto de Lei nº 6.264/2005**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=420344>. Acesso em 05 jan. 2009.

BRASIL. Ministério da Educação. **Bolsistas por raça** – Representações gráficas. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/prouni/arquivos/pdf/Representacoes_graficas/bolsistas_por_raca.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2009.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Decreto nº 65.810, de 08 de dezembro de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/racial.htm>>. Acesso em: 24 dez. 2008.

BRASIL. Presidência da República. Código Civil (2002). **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 set. 2008.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. **11ª Conferência Nacional dos Direitos Humanos**. Democracia, Desenvolvimento e Direitos Humanos: Superando as desigualdades. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sedh/11cndh/caderno.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2009.

BRASIL. Presidência da República. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 11 ago. 2008.

BRASIL. Presidência da República. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 11 ago. 2008.

BRASIL. Presidência da República. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 11 ago. 2008.

BRASIL. Presidência da República. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 11 ago. 2008.

BRASIL. Presidência da República. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 11 ago. 2008.

BRASIL. Presidência da República. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 11 ago. 2008.

BRASIL. Presidência da República. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 2008. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 ago. 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999**. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm>. Acesso em 23 dez. 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 4.228, de 13 de maio de 2002**. Institui, no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4228.htm>. Acesso em 24 dez. 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 5.493, de 18 de julho de 2005**. Regulamenta o disposto na Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5773compilado.htm>. Acesso em 09 dez. 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 5.773, de 09 de maio de 2006**. Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5773compilado.htm>. Acesso em 09 dez. 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm>. Acesso em 27 out. 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989**. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela

jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7853.htm>. Acesso em 29 set. 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em 29 set. 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em 29 set. 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm>. Acesso em 29 set. 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 10.639, de 09 de janeiro de 2003**. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira", e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.639.htm>. Acesso em 29 set. 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 10.678, de 23 de maio de 2003**. Cria a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.678.htm>. Acesso em 13 out. 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005**. Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior; altera a Lei nº 10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_ato2004-2006/2005/Lei/L11096.htm>. Acesso em 06 jan. 2009.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.645, de 10 de março de 2008**. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, modificada pela Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11645.htm>. Acesso em 22 out. 2008.

BRASIL. Congresso Nacional. **Medida Provisória nº 213, de 10 de setembro de 2004**. Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_ato2004-2006/2004/mpv/213.htm>. Acesso em 06 jan. 2009.

BRASIL. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial – SEPPIR. **Cota para negros em universidade pública é bem aceita, indica pesquisa**. Disponível em:

<http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/seppir/noticias/ultimas_noticias/pesquisa_cotas_pucrj/>. Acesso em 10 out. 2008.

BRASIL. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial – SEPPIR. **Formandos cotistas da UnB são homenageados em evento da universidade.** Disponível em:

<http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/seppir/noticias/ultimas_noticias/cotas_unb_set08/>. Acesso em 10 out. 2008.

BRASIL. Senado Federal. **Tramitação de matérias (proposições).** Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=58268>. Acesso em 20 out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A igualdade consiste em tratar-se desigualmente os desiguais. MS 26690. Rel. Ministro Eros Grau. Publicação 19 dez. 2008. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(MS\\$.SCLA.%20E%2026690.NUME.\)%20OU%20\(MS.ACMS.%20ADJ2%2026690.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(MS$.SCLA.%20E%2026690.NUME.)%20OU%20(MS.ACMS.%20ADJ2%2026690.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em 14 jan. 2008.

BROWN, James. Say it loud – I’m Black and I’m Proud. In: BROWN, James. **Say it loud – I’m Black and I’m Proud.** Los Angeles: Vox Studios, 1968.

BROWN, Pam; SCHOREDT, Valerie. **Martin Luther King.** São Paulo: Globo, 1988. (Personagens que mudaram o mundo. Os grandes humanistas).

Canal Futura. **Heróis de todo mundo.** 2008. Fundação Roberto Marinho. Disponível em: <<http://www.acordacultura.org.br/main.asp?View={02CAA8BA-22D5-4D9F-928E-7BE0A9F1B2A4}>>. Acesso em 13 set. 2008.

CARDOSO, Claudete Batista. **Efeitos da política de cotas na Universidade de Brasília: uma análise do rendimento e da evasão.** 2008. 134 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade de Brasília, Brasília.

CARNEIRO, João Geraldo Piquet *et al.* **Petição Inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.197.** 2004. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=181709&tipo=TP&descricao=ADI%2F3197>>. Acesso em: 06 jan. 2009.

CARNEIRO, Sueli. Estratégias legais para promover a justiça social. In: GUIMARÃES, Antônio Sérgio A.; HUNTLEY, Lynn. **Tirando a máscara: ensaio sobre o racismo no Brasil.** São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado.** V. III, p.473-486. Belo Horizonte:Mandamentos, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **CNJ determina reserva de vagas para deficientes ao cargo de juiz**. 08 out. 2008. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5174:cnj-determina-reserva-de-vagas-para-deficientes-ao-cargo-de-juiz-&catid=1:notas&Itemid=675>. Acesso em: 23 dez. 2008.

CONTINS, Márcia. Estratégia de combate à discriminação racial no contexto da educação universitária no Rio de Janeiro. In: PAIVA, Ângela Randolpho. Org. **Ação afirmativa na universidade: reflexão sobre experiências concretas Brasil-Estados Unidos**. Rio de Janeiro:Ed. PUC-Rio, Desiderata, 2004. p. 109-148.

CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. **Supreme Court Collection**. Plessy v. Ferguson (nº210). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0163_0537_ZS.html>. Acesso em: 25 ago. 2008

CORVISIER, André. **História Moderna**. Tradução: Rolando Roque da Silva e Carmen Olívia de Castro Amaral. São Paulo: DIFEL, 1980.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo Constitucional e a efetividade dos Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.) **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. Cap.7.p.195-248

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

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DIÈNE, Doudou. **Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e todas as formas de discriminação**. Comissão de Direitos Humanos: Sexagésima segunda sessão. Brasil: PNUD, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Broges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005b.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição. Trad. Marcelo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DURANT, Will. **A História da Filosofia**. Tradução: Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000. (Os pensadores)

Eleições 2008. Veja os 55 vereadores eleitos em São Paulo. **G1**. São Paulo. 06 out. 2008. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Eleicoes2008/0,,MUL786744-15693,00.html>>. Acesso em 20 out. 2008.

FIND LAW. Dred Scott v. Sandford 60 U.S 393 (1856). 2008. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=60&invol=393>>. Acesso em: 25 ago. 2008.

FISCHBERG, Josy. Bolsistas do ProUni começam a se formar; 56 mil receberão diplomas universitários. **O Globo**. Rio de Janeiro, 24 dez. 2008. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/educacao/mat/2008/12/24/bolsistas-do-prouni-comecam-se-formar-56-mil-receberao-diplomas-universitarios-587677158.asp>>. Acesso em 26 jan. 2009.

FOHLEN, Claude. **América anglo-saxônica**: de 1815 até a atualidade. Trad. João Pedro Mendes. São Paulo: Pioneira – USP, 1981.

FREIRE, Nilcéa. A experiência da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) na implantação de cotas para ingresso na universidade. In: PAIVA, Ângela Randolpho. Org. **Ação afirmativa na universidade**: reflexão sobre experiências concretas Brasil-Estados Unidos. Rio de Janeiro:Ed. PUC-Rio, Desiderata, 2004.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **Ações afirmativas e isenções tributárias**. Jun. 2003. Disponível em: <http://www2.correioweb.com.br/cw/EDICAO_20030623/sup_dej_230603_3.htm>. Acesso em: 13 set. 2008.

GÁLATAS. **Epístola aos Gálatas**. In: A BÍBLIA. Português. Bíblia Sagrada. São Paulo: Ave Maria Ltda., 1999.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica Constitucional e Pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.) **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. Cap. 3, p. 47-64.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GODOI, Marciano Seabra de. **Justiça, Igualdade e Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 1999.

GÓIS, Antônio. Brasileiros vêem cota como essencial e humilhante, revela Datafolha. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 23 nov. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u470649.shtml>>. Acesso em 03 dez. 2008.

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

GOMES, Joaquim Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: LOBATO, Fátima; SANTOS, Renato Emerson dos (Org.) **Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais.** Rio de Janeiro: DP&A, 2003a.

GOMES, Joaquim Barbosa. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas.** 2003b. Disponível em: <<http://lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0049.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: estudos de teoria política.** São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HEERS, Jacques. **História Medieval.** Tradução: Tereza Aline Pereira de Queiroz. São Paulo: DIFEL, 1977.

HOBSBAWN, Eric J. **A revolução francesa.** Tradução: Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. (Coleção Leitura)

HOBSBAWN, Eric J. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991.** Tradução: Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Síntese de Indicadores Sociais 2006.** Rio de Janeiro: IBGE, 2006. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicadores2006/indic_sociais2006.pdf>. Acesso em 09 dez. 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Síntese de Indicadores Sociais 2008.** Rio de Janeiro: IBGE, 2008. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicadores2008/indic_sociais2008.pdf>. Acesso em 20 jan. 2009.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. **Notas médias do Enem por Município e por Escolas dos alunos concluintes do Ensino Médio em 1997.** Brasília: Inep, 2007. Disponível em: <<http://mediasenem.inep.gov.br/resultado.php>>. Acesso em 15 jan. 2009.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **PNAD 2007: primeiras análises. Educação Juventude Raça/Cor. v.4.** Brasília: IPEA, 2008. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/comunicado_presidencia/Comunicado_%20da_%20presidencia12.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2009.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Retrato das Desigualdades**. 2. ed. Brasília: IPEA, 2006. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/estudospesq/RD2006.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2009.

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

LABORATÓRIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS/UERJ. **Universidades com Ações Afirmativas**. [200-]. Disponível em: <<http://www.politicadacor.net/>>. Acesso em 03 dez. 2008.

LOBATO, Fátima; SANTOS, Renato Emerson dos (Org.) **Ações Afirmativas**: políticas públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução: Magna Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. (Coleção Clássicos do Pensamento Político)

MAGALHAES, José Luiz Quadros. **Direito Constitucional** - tomo I. 2ª. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. v. 1. 414 p.

MAIS vendidos, Os. **Veja**. Edição 1972. 06 set. 2006. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/060906/veja_recomenda.html#lista>. Acesso em: 30 set. 2008.

MAIS vendidos, Os. **Veja**. Edição 1973. 13 set. 2006. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/130906/veja_recomenda.html#lista>. Acesso em: 30 set. 2008.

MAIS vendidos, Os. **Veja**. Edição 1974. 20 set. 2006. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/200906/veja_recomenda.html#lista>. Acesso em: 30 set. 2008.

MAIS vendidos, Os. **Veja**. Edição 1975. 27 set. 2006. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/270906/veja_recomenda.html#lista>. Acesso em: 30 set. 2008.

MATEUS. In: A BÍBLIA. Português. Bíblia Sagrada. São Paulo: Ave Maria Ltda., 1999.

MARGOLIS, Mac. Cotas e cultura: ações afirmativas em tempos de dúvida. In: PAIVA, Ângela Randolpho. Org. **Ação afirmativa na universidade**: reflexão sobre experiências concretas Brasil-Estados Unidos. Rio de Janeiro:Ed. PUC-Rio, Desiderata, 2004. p. 45-51.

MARTINS, Ives Gandra da Silva *et al.* **Petição Inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.330**. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizador/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf;jsessionid=B33D18A8A31C6D609FE22EE8BA444FC5.jboss0>>. Acesso em: 06 jan. 2009.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto Comunista**. Tradução: Maria Arsênio da Silva. São Paulo: CHED, 1980.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A igualdade e as ações afirmativas. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, p. 158-163, n. 1, jan./jun. 2003.

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

MINAS GERAIS. Assembléia Legislativa. **Lei nº 15.055, de 24 de março de 2004**. Declara de utilidade pública a Associação Nacional de Assistência Judiciária Rede SOS Racismo, com sede no Município de Belo Horizonte. Disponível em: <http://hera.almg.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=NJMG&f=G&l=20&n=&p=1&r=1&u=http://www.almg.gov.br/njmg/chama_pesquisa.asp&SECT1=IMAGE&SECT2=THESOFF&SECT3=PLUROFF&SECT6=HITIMG&SECT7=LINKON&SECT8=DIRINJMG&SECT9=TODODOC&co1=E&co2=E&co3=E&s1=&s2=15055&s3=2004&s4=>>. Acesso em 05 jan. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AC 1999.38.00.036330-8/MG. Rel.: Selene Maria de Almeida. 19 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br/>>. Acesso em 23 out. 2008.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Vol. I. São Paulo: Nova Cultural, 2000. (Os Pensadores)

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência – 3ed. Atlas, 2000 – São Paulo – Coleção Temas Jurídicos; 3.

MOTA, Marcel Moraes. **Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais**. Fortaleza: Omni, 2006.

NASCIMENTO, Márcio Augusto. **Reserva de cotas para negros**. Escola da Magistratura Federal do Paraná. 19 maio 2007. Disponível em: <<http://www.apajufe.com.br/artigos/negros.htm>>. Acesso em 23 dez. 2008.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Argumentação jurídica e decisionismo: Um ensaio de teoria da interpretação jurídica enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. IN: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.) **Crise e desafios da constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 521-543

OMMATI, José Emílio Medauar. **A igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial**. 2008. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/doc_cs.php> . Acesso em 13 set. 2008.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). **Doença Falciforme**. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.opas.org.br/prevencao/temas.cfm?id=69&area=Conceito>>. Acesso em 22 out. 2008.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS); PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). **Política Nacional de Saúde da População Negra: uma questão de equidade**. In: WORKSHOP INTERAGENCIAL SAÚDE DA POPULAÇÃO NEGRA, 2001, Brasília. Brasília: Organização Pan-Americana de Saúde, 2008. Disponível em: <http://www.opas.org.br/coletiva/UploadArq/Sa%C3%BAde_da_Popula%C3%A7%C3%A3o_Negra_-_subs%C3%ADdios_para_debate.pdf>. Acesso em 22 out. 2008.

PAIS, Marco Antônio de Oliveira. **O despertar da Europa: a Baixa Idade Média**. 4. ed. São Paulo: Atual, 1992.

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

PAIXÃO, Marcelo; CARVANO, Luiz M. (Org.). **Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil; 2007-2008**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008. Disponível em: <http://observatoriodamulher.org.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=128&Itemid=48>. Acesso em 18 nov. 2008.

PERRY, Marvin. **Civilização Ocidental: uma história concisa**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PETIT, Paul. **História Antiga**. 4 ed. São Paulo: DIFEL, 1979.

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

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos Direitos Humanos. **Cadernos de pesquisa**. São Paulo, v.35, n. 124, p. 43-55, jan/abr. 2005.

PINSKY, Jaime. **100 textos de História Antiga**. São Paulo: HUCITEC, 1972.

PLATÃO. **A República**. Tradução: Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2000. (Os Pensadores).

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). **Relatório de Desenvolvimento Humano: 2007/2008**. Combater as alterações climáticas: solidariedade humana num mundo dividido. PNUD, 2007. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh/rdh20072008/hdr_20072008_pt_complete.pdf>. Acesso em 29 set. 2008.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Alunos do ProUni têm bom desempenho. **Jornal PUC Minas**. Ano XIX. Fev. 2006. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/jornal/materia.php?codigo=210&lateral=1&cabecalho=1&menu=926>>. Acesso em 06 jan. 2009.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2008. Disponível em <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em 20 jan. 2009.

REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario. **História da Filosofia**: Patrística e Escolástica. v. 2 São Paulo: Paulus, 2003 (Coleção História da Filosofia)

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: evolução e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RICHARDS, Jeffrey. **Sexo, Desvio e Danação**: as minorias na Idade Média. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

RIO DE JANEIRO. Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. **Lei nº 3.708, de 09 de novembro de 2001**. Institui cota de até 40% (quarenta por cento) para as populações negra e parda no acesso à Universidade do Estado do Rio de Janeiro e à Universidade Estadual do Norte Fluminense, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>>. Acesso em 11 dez. 2008.

RIO DE JANEIRO. Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. **Lei 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: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/e50b5bf653e6040983256d9c00606969?OpenDocument>>. Acesso em 11 dez. 2008.

RIO DE JANEIRO. Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. **Lei nº 5.074, de 17 de julho de 2007**. Altera a Lei nº 4.151, de 04 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/59b59003123eb2c08325733a006eb097?OpenDocument>>. Acesso em 11 dez. 2008.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Cidadania e Constituição**: “as cores da revolução constitucional do cidadão”. Belo Horizonte, 1999.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **GENESIS – Revista de Direito Administrativo Aplicado**. Curitiba, p. 649-664, jul./set. 1996.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Hélio. Uma avaliação dos combates às discriminações raciais no Brasil. In: GUIMARÃES, Antônio Sérgio A.; HUNTLEY, Lynn. **Tirando a máscara**: ensaio sobre o racismo no Brasil. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

SANTOS, Renato Emerson dos. Política de Cotas Raciais nas Universidades Brasileiras- o Caso da UERJ. In: FERES JÚNIOR, João; ZONINSEIN, Jonas. (Org). **Ação afirmativa e Universidade**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2006. p. 110-135.

SANTOS, Sales Augusto dos. Ação afirmativa e mérito individual. In: LOBATO, Fátima; SANTOS, Renato Emerson dos (Org.) **Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

SARMENTO, Daniel. Os Direitos Fundamentais nos paradigmas Liberal, Social e Pós-social – (Pós-modernidade constitucional?) IN: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.) **Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 375-414

SCHMIDT, Mario Furley. **Nova história crítica do Brasil: 500 anos de história malcontada**. São Paulo: Nova Geração, 1997.

SCHUWARCZ, Lilia Moritz. Nem preto nem branco, muito pelo contrário: cor e raça na intimidade. In: SCHUWARCZ, Lilia Moritz. **A História da vida privada no Brasil: contrastes da intimidade contemporânea**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. 1 (2003): 607-630. Disponível em: <<http://www.geocities.com/cesariopereira/dh/principios.doc>> Acesso em: 15 de abril de 2008.

SILVA, Maria Palmira da. Identidade Racial Brasileira. IN: SANTOS, Gevanilda; SILVA, Maria Palmira da (orgs.) **Racismo no Brasil – Percepções da discriminação e do preconceito racial do Século XXI**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo nº 500**. Brasília, 31 mar. 2008/04 abr. 2008a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo500.htm>>. Acesso em 15 jan. 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Acompanhamento Processual**. Brasília, 2008b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3197&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 15 jan. 2009.

THE NACIONAL CENTER FOR PUBLIC POLICY RESEARCH. **Civil Rights: Brown v. Board of Education**, 347 U.S. 483 (1954). Washington D.C, 2002. Disponível em: <<http://www.nationalcenter.org/brown.html>>. Acesso em: 25 ago. 2008.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MINAS GERAIS. **Estatística TSE**. Eleições 2008. 2008. Disponível em: <http://www.tre-mg.gov.br/eleicoes/eleicoes_2008/eleicoes2008x.htm>. Acesso em: 26 jan. 2009.

TV da Gente. Wikipedia. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/TV_da_Gente>. Acesso em 20 out. 2008.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). **Executive Order 10.925 (1961)**. The University of Michigan. Disponível em: <<http://www.lib.umich.edu/govdocs/jfkeo/eo/10925.htm>> Acesso em 19 ago. 2008.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). Civil Rights Act (1964). **Civil Rights Act**. Our Documents. Disponível em: <<http://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=true&doc=97&page=transcript>>. Acesso em: 18 ago. 2008.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). **Executive Order 11.246 (1965)**. U.S. Equal Employment Opportunity Commission. EEOC. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/abouteeoc/35th/thelaw/eo-11246.html>>. Acesso em 25 ago. 2008.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. Igualdade Racial. 2008. Disponível em: <<http://www.igualdaderacial.unb.br/>>. Acesso em: 16 dez. 2008.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. Sistema de Cotas para Negros. 2008b. Disponível em: <http://www.unb.br/admissao/sistema_cotas/index.php>. Acesso em: 16 dez. 2008.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. Centro de Seleção de Promoção e Eventos (CESPE). 1º Vestibular 2009. Edital nº 3- 1º - vest. 2009, de 21 e outubro de 2008. 2008c. Disponível em: <http://www.cespe.unb.br/vestibular/1VEST2009/arquivos/ED_3_2008_1_VEST_2009_ABT_FINAL_FORM.PDF>. Acesso em: 16 dez. 2008.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. UnB em números. Atualizado em 04 set. 2008. 2008d. Disponível em: <<http://www.unb.br/numeros/vestibular.php>>. Acesso em: 17 dez. 2008.

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Anexo 3. Instruções específicas para os candidatos às vagas do sistema de cotas. 2008a. Disponível em: <https://www.vestibular.uerj.br/vest2009/files/Anexo_3_ED.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2008.

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Como ingressar. Vestibular. 2008b. Disponível em: <<http://www.uerj.br/modulos/kernel/index.php?pagina=915>>. Acesso em: 15 dez. 2008.

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Sobre a Universidade. 2008c. Disponível em: <<http://www.uerj.br/modulos/kernel/index.php?pagina=915>>. Acesso em: 11 dez. 2008.

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **DataUERJ**. 2008d. Disponível em: <<http://www2.datauerj.uerj.br/>>. Acesso em: 17 dez. 2008.

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Laboratório de Políticas Públicas. 2008e. Disponível em: <<http://www.lpp-uerj.net/olped/acoesafirmativas/sobrecanal.asp>>. Acesso em: 16 dez. 2008.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ. Procuradoria Geral da UFPA. **Parecer nº 1156/2005/MCO-PG/UFPA**. 08 set. 2005. Disponível em: <<http://www.ufpa.br/portallufpa/imprensa/noticia.php?cod=425>>. Acesso em: 10 dez. 2008.

UNIVERSITY OF MICHIGAN LIBRARY. *Documents Center. Executive Order 10.925.* 2008. Disponível em: < <http://www.lib.umich.edu/govdocs/jfkeo/eo/10925.htm>> Acesso em 19 ago. 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Direito de Família. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito Romano Clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, Antônio Carlos. (Org.) **Fundamentos de História de Direito.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 83-114.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais:** uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

WGBH Educational Foundation. **Africans in America.** Dred Scott Case: the Supreme Court Decision. PBS, 1998. Disponível em: < <http://www.pbs.org/wgbh/aia/part4/4h2933t.html>> Acesso em: 23 jul. 2008.

ZAKABI, Rosana; CAMARGO, Leoleli. Eles são gêmeos idênticos, mas, segundo a UnB, este é branco e... este é negro. **Veja**, São Paulo, nº 2011, p.82-88, 06 jun. 2007.