



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC
FACULDADE DE DIREITO
CORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES E
ELABORAÇÃO DE MONOGRAFIA JURÍDICA**

Nara Mikaele Carvalho Araújo
Matrícula 0264145

AÇÕES AFIRMATIVAS E EDUCAÇÃO. O PROJETO DE LEI 73/99.

Fortaleza
Junho - 2009

NARA MIKAELE CARVALHO ARAUJO

AÇÕES AFIRMATIVAS E EDUCAÇÃO. O PROJETO DE LEI 73/99.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à colação de grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

Área de concentração: Direito Constitucional

Orientador: Prof. Dr. Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz

FORTALEZA
JUNHO - 2009

AÇÕES AFIRMATIVAS E EDUCAÇÃO. O PROJETO DE LEI 73/99.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à colação de grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

Analisado pela Banca Examinadora em 03 de junho de 2009.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz (Orientador)
Universidade Federal do Ceará

Prof. Mestre Fernando Luís Ximenes Rocha
Universidade Federal do Ceará

Profa. Mestre Janaína Soares Noleto Castelo Branco
Universidade Federal do Ceará

Dedico este trabalho com todo carinho e amor aos meus pais que foram fonte de
inspiração para realização deste.
E a uma pessoa muito especial para mim e que infelizmente não está mais entre
nós, meu avô Francisco Araújo Filho – Seu “Cutes” – mas onde quer que esteja
tenho certeza que está muito feliz por mais essa minha conquista.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus que iluminou meus passos durante toda esta caminhada.

Agradeço também aos meus pais e minha irmã Mayara Myrna, pessoas muito especiais na minha vida que em todos os momentos me deram apoio, incentivos, me encorajaram e que sempre estiveram em todos os meus momentos mais difíceis.

Agradeço igualmente a oportunidade que o Prof. Dr. Márcio Diniz deu-me em ser meu orientador, professor que me acompanha desde o início do curso, tendo sido meu mestre em diversas cadeiras e nesse passo importante da minha vida, direcionando meus estudos com sua magistral sabedoria, bem como me incentivando nos momentos de desânimo.

Agradeço ainda aos Procuradores Federais no Ceará, Dr. Eduardo Rocha Dias, Janaína Noletto e Luciana Uchôa pela paciência em orientar meu aprendizado quando dava meus primeiros passos como estagiária daquela Procuradoria onde aprimorei meus conhecimentos sobre os mais diversos campos do Direito e tive a oportunidade de conhecer essas pessoas especiais a quem tenho muito carinho.

Agradeço também a todos os servidores da 8ª Vara Federal do Ceará onde dei meus últimos passos como estagiária. Não citarei nomes porque teria que listar todos os servidores, diretora de secretaria e os juízes que ali estão lotados. Ali pude desfrutar de muito carinho, amizades sinceras, compreensão, além de muito aprendizado jurídico.

E por fim um agradecimento especial a todos os amigos e colegas da Universidade Federal do Ceará, turma 2009.1 que sempre estiveram comigo desde o início do curso até essa conclusão.

“Quando se quer mudar os costumes e as
maneiras, não se deve mudá-las pelas
leis”
(Montesquieu).

RESUMO

Trata-se de estudo realizado partindo da necessidade de análise do projeto de lei 73/99 bem como das ações afirmativas implementadas no Brasil sob a forma de cotas raciais. Buscou-se no direito comparado, mormente no norte-americano, definições, exemplos e eficácia de uso de cotas em países como Estados Unidos, Índia e Canadá. Examinou-se conceitos do princípio da igualdade, dignidade da pessoa humana e ações afirmativas. Analisou-se o texto aprovado pela Câmara dos Deputados que seguiu para aprovação no Senado. Concluiu-se, por fim, que o texto final aprovado na Câmara dos Deputados merece reparos sob pena de afronta à Constituição Federal. As análises e conclusões deste trabalho podem auxiliar os parlamentares brasileiros, servindo de subsídio para o melhoramento do projeto original que agora tramita no Senado Federal, ou – em caso de aprovação pelo Senado – numa eventual impugnação de inconstitucionalidade, auxiliando a decisão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Ações afirmativas. Educação. Cotas raciais.

RÉSUMÉ

Il s'agit d'une étude réalisée pour le besoin d'une analyse sur la proposition de loi 73/99 ainsi que sur les affirmatives actions mises en place au Brésil sous la forme de quotas raciaux. On a cherché dans le droit américain comparé, surtout dans le nord-américain, des définitions, des exemples et l'efficacité de l'usage de quotas dans des pays comme les États-Unis, l'Inde et le Canada. On a examiné des concepts du principe de l'égalité, de la dignité de l'homme et des affirmatives actions. On a analysé le texte approuvé par la Chambre des Députés qui s'est poursuivi pour l'approbation du Sénat. On a conclu, à la fin, que le texte final approuvé par la Chambre des Députés encourt des arrangements sous peine d'affrontement à la Constitution Fédérale. Les analyses et les conclusions de ce travail peuvent aider les parlementaires brésiliens, servant de fondement pour améliorer la proposition initiale qui pour le moment procède au Sénat Fédéral, ou – au cas d'approbation par le Sénat – dans une éventuelle réfutation d'inconstitutionnalité, aidant la décision des Ministres de la Cour Suprême Fédérale.

Mots-clés : affirmatives actions, éducation, quotas raciaux

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	09
2. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS.....	12
2.1 Princípio da igualdade.....	12
2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	20
3. AÇÕES AFIRMATIVAS: A iniciativa estadunidense e sua influência no mundo.....	26
4. O PROJETO DE LEI 73C/99.....	42
5. DECISÕES NACIONAIS E ESTRANGEIRAS.....	55
6. CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS	66
ANEXO 1: Voto Min. Carlos Brito na ADIn 3330.....	72
ANEXO 2: Executive Order nº 10.925.....	83

1 INTRODUÇÃO

Racismo pode ser conceituado como o ato de situar uma pessoa em circunstância de inferioridade, subjugada por sua cor ou etnia, em detrimento de outra.

No contexto mundial, há diversas formas de racismo externadas por grupos como “Ku Klux Klan”, cujo surgimento se deu em 1866 no Estado do Tennessee (EUA).

Inicialmente, dirigia suas ações racistas contra negros e, posteriormente, expandiu as demonstrações de violência e intolerância contra as minorias, como os hispânicos, judeus e simpatizantes dos direitos civis. Além deles, há os “skinheads”, grupos de jovens nacionalistas que possuem “representantes” no Brasil – os “White Powers” – que pregam contra os nordestinos, homossexuais, judeus e negros; além deles, há os “Carecas do ABC”, que “só” se opõem aos homossexuais e estrangeiros.

A discriminação perdura no Brasil há muito, seja contra negros, homossexuais, nordestinos e índios.

Em 2001, foi realizada pela ONU a III Conferência Mundial Contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Formas Conexas de Intolerância, em Durban, na África do Sul. Na ocasião, foram discutidas ações e recomendações para se combater o racismo, o preconceito e a intolerância em todo o mundo.

Já na Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial realizada pela ONU em 1963, havia o enunciado:

A discriminação entre seres humanos com base em raça, cor ou origem étnica é uma ofensa à dignidade humana e será condenada como uma negação dos princípios da Carta das Nações Unidas, como uma violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais proclamadas na Declaração Universal de Direitos Humanos, como um obstáculo para relações amigáveis e pacíficas entre as nações, e como um fato capaz de perturbar a paz e a segurança entre os povos.

No que diz respeito aos povos indígenas, a aprovação da Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas, em junho de 2006, no contexto do

Conselho de Direitos Humanos, representa exitosa vitória. O Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas ECOSOC, por sua vez, estabeleceu, no ano 2000, o Fórum Permanente para as Questões Indígenas, grupo ainda muito distanciado das políticas a serem implementadas e definidas nos objetivos do milênio.

O racismo no Brasil tem dois alvos mais freqüentes – os nordestinos e os negros. Muitas vezes, pelo mito da democracia racial defendido por Gilberto Freyre¹, o racismo no Brasil é não verbalizado, não explícito. Com a edição e aprovação do projeto de lei nº 73/99, na Câmara dos Deputados (o projeto está em tramitação no Senado Federal, onde aguarda deliberação), traz à tona uma manifestação legislativa de discriminação racial na sociedade brasileira, separando a universidade pública em duas metades: a dos brancos, que passam por seus próprios méritos, e aqueles que necessitam de um favor legal, pelo fato de externarem um fenótipo negro.

Há no Brasil a mentalidade de que tudo é resolvido por lei; contudo, há questões culturais, como a discriminação racial, que não podem ser resolvidas mediante um simples diploma legislativo, sendo necessária a mudança da consciência dos cidadãos, algo que só é possível paulatinamente.

É inquestionável o fato de que a conquista da igualdade formal representou grande avanço da civilização mundial, pois a igualdade perante a lei proíbe distinções e privilégios que resultem na exclusão do gozo de alguns direitos por determinados grupos.

União, Estados, Distrito Federal e Municípios devem proporcionar concorrentemente acesso aos cidadãos à cultura, educação e ciência. Assim, substitutivamente às cotas raciais no ensino público superior se poderia ter uma cooperação entre os entes federados no sentido de aprimorar e melhorar a qualidade do ensino público fundamental e médio, para proporcionar aos seus estudantes, sejam eles brancos, negros, pardos ou qual fenótipo externarem, a concorrência igualitária com estudantes egressos de escolas particulares.

¹ Gilberto de Melo Freyre (Recife PE 1900 – id 1987) fez estudos universitários nos EUA, na Universidade de Baylor, e, depois, na Universidade de Columbia, onde defendeu a tese *Social life in Brazil in the middle of the 19th century* (1920). Em 1993, publicou *Casa Grande e Senzala*, sua obra máxima.

Ademais, foi assegurada pelo Texto Constitucional vigente a autonomia “didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial” das universidades públicas, restando indevidamente mitigada pela intervenção legislativa ora analisada.

Diante das considerações há pouco suscitadas, a fim de debater a adequação do projeto de lei em foco aos direitos fundamentais, bem como os aspectos éticos que cercam o tema, proceder-se-á a um estudo aprofundado sobre os direitos fundamentais, em especial, sobre a Dignidade da Pessoa Humana e a Igualdade. Por fim, explanar-se-á sobre a importância de outras políticas públicas que garantam o amplo acesso ao ensino superior por critérios outros que não o fenótipo dos candidatos.

Com efeito, o presente trabalho objetiva contribuir, ainda que de forma singela, com os estudos em curso sobre tão instigante temática, sempre com o fito de zelar pela harmonização entre a Dignidade da Pessoa Humana e a Igualdade, a Proporcionalidade e a Razoabilidade, bem como a Autonomia Universitária no que diz respeito à (in) observância do projeto de lei nº 73/99, coadunando-se aos princípios e ideais de justiça vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

2 DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS

2.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE (OU ISONOMIA)

O conceito de igualdade é objeto de estudo recorrente desde os filósofos da Antiguidade clássica. Exsurge, nesse período, com grande destaque, a obra de Aristóteles no estudo do tema em comento. O Filósofo considerava que igualdade é tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente².

Explicitando melhor esse entendimento aristotélico, colhe-se estudo realizado por Oziel Francisco de Sousa³, que, analisando a igualdade concebida nos termos aristotélicos, conclui que o conceito de igualdade esteve sempre ligado ao binômio justiça-injustiça. O Filósofo enumera os tipos de justiça, dentre os quais, em *Ética a Nicômaco*, debruçou-se sobre a definição de justiça total, sendo considerado o justo total aquele homem que respeitasse as leis e que, em suas ações, levasse em consideração os reflexos sociais destas. Trata ainda do justo particular, como sendo uma subespécie do justo total, que serviria para qualificar as ações dos indivíduos em relação uns aos outros. Ao subdividir o justo particular, nascem as espécies de justo particular distributivo e justo particular corretivo, assim definidas por Aristóteles:

²Como exemplo de tal concepção, cabe citar o seguinte trecho: "Enquanto ideal almejado, a igualdade, tanto como aspiração política e social, quanto como princípio jurídico, revela-se, desde a Grécia Antiga, pedra de toque de inúmeras teorias jurídicas e de projetos políticos. É o que se pode observar nas obras jurídicas contemporâneas. O raciocínio jurídico, ao defrontar-se com a interpretação do princípio constitucional da igualdade, parte sempre da máxima da igualdade como tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na proporção de sua desigualdade." (RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**. São Paulo: RT, 2002. p.22). Também José Afonso da Silva reduz o raciocínio aristotélico a tal colocação: "Aristóteles vinculou a idéia de igualdade à idéia de justiça, mas, nele, trata-se de igualdade de justiça relativa que dá a cada um o que é seu, uma igualdade – como nota Chomé – impensável sem a desigualdade complementar e que é satisfeita se o legislador tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais." (SILVA, J. A. da, **Curso de direito...**, op. cit., p.212).

³ SOUSA, Oziel Francisco De. *As ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material*. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp009449.pdf>. acesso em 27 de março de 2009.

Da justiça particular e do que é justo no sentido que lhe corresponde uma das espécies é a que se manifesta na distribuição das magistraturas, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois em tais coisas alguém pode receber um quinhão igual ou desigual ao de outra pessoa); a outra espécie é aquela que desempenha uma função corretiva nas transações entre os indivíduos.⁴

Ao descrever melhor o justo distributivo, o Estagirita faz sua primeira menção explícita à igualdade, relacionando-a com a justiça, de modo que a justiça decorre de um ponto intermediário, um meio-termo, donde se deduz que justiça e igualdade se realizam na mesma medida.

E é nessa espécie de justo que se enquadra a noção de igualdade na famosa frase: “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”. Com esse pensamento aristotélico, tem-se uma igualdade proporcional, uma vez que a distribuição de cargos, honrarias e bens seria procedida de acordo com o mérito de cada um, e isso seria o diferenciador dos indivíduos.

Colhe-se a explicação de Eduardo C. B. Bittar, ao examinar a justiça particular corretiva:

De fato, o termo justiça, em sua acepção particular e corretiva vincula-se à idéia de igualdade perfeita ou absoluta, dada a irrelevância do mérito dos sujeitos. Não se tem presente aqui qualquer espécie de relatividade, pois não se têm em conta os méritos, as qualificações, as igualdades ou desigualdades que possam existir entre os sujeitos que se relacionam.⁵

É necessário ponderar sobre a época histórica em que tais pensamentos foram desenvolvidos, sob a Civilização Helênica, com a exclusão de determinadas pessoas dos conceitos há pouco explanados, v.g., escravos, mulheres e estrangeiros. Não obstante essa consideração, no que se refere ao seu aspecto material, os ensinamentos aristotélicos são de grande valia até hoje, auxiliando o estudioso na compreensão do princípio da igualdade, e, conseqüentemente, o objetivo das ações afirmativas.

O princípio da igualdade, nos moldes contemporâneos, foi disseminado tendo por origem as revoluções políticas dos séculos XVII e XVIII, constituindo, a exemplo do princípio da liberdade, um dos pilares da democracia moderna,

⁴ ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004, op. cit., p.107. *apud* SOUSA, Oziel Francisco De., ob. Cit.

⁵ BITTAR, Eduardo C. B. **A justiça em Aristóteles**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p.88.

compondo a “essencial noção de Justiça”⁶, notadamente com as experiências dos Estados Unidos e França.

Fábio Comparato⁷ faz menção ao modo pelo qual foi introduzido esse princípio na França:

É curioso notar - é apenas um parêntesis - que esta igualdade geral jurídica é profundamente marcada, sobretudo, pelo direito penal, e é por isso que lembrei este fato da prisão especial. Um outro fato: não sei se sabem, a introdução da guilhotina na França foi uma medida considerada de relevante alcance no sentido da igualdade, porque, até a Revolução Francesa, até as revoluções burguesas, as pessoas nasciam desiguais e eram condenadas a uma morte desigual. Só os nobres tinham direito a esse privilégio de ter a sua cabeça decepada. Os não nobres, os burgueses, eram enforcados, e os plebeus eram esquartejados. Então, o Dr. Guillotin resolveu introduzir essa medida de profilaxia igualitária: todo mundo condenado à morte deve comparecer ao suplício e tem que sair sem a cabeça.

Tem-se, com Joaquim B. Barbosa Gomes, a ideia de que, com base nas duas experiências institucionais (francesa e ianque), se

(...) edificou o conceito de igualdade perante a lei, uma construção jurídico-formal segundo a qual a lei, genérica e abstrata deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre conflitos inter-individuais.⁸

Joaquim Barbosa e Fernanda Duarte⁹, colhendo lição de Guilherme Machado Dray, trazem o conceito dado por este ao princípio da igualdade, *verbis*:

(...) o princípio da igualdade perante a lei consistiria na simples criação de um espaço neutro, onde as virtudes e as capacidades dos indivíduos livremente se poderiam desenvolver. Os privilégios, em sentido inverso, representavam nesta perspectiva a criação pelo homem de espaços e de zonas delimitadas, susceptíveis de criarem desigualdades artificiais e nessa medida intoleráveis.¹⁰

Por meio do estudo da cartilha liberal oitocentista, o jurista português Guilherme Machado Dray sustenta que a igualdade formal começou a ser

⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *AÇÃO AFIRMATIVA & PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE: O Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro – RJ: Renovar, 2001.

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *O Princípio da Igualdade e a Escola*. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Texto disponível em www.iea.usp.br/artigos, acesso em 21 de março de 2009.

⁸ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional...* op. cit. p. 02.

⁹ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa e SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas Da. *As Ações Afirmativas e os Processos de Promoção da Igualdade Efetiva*. Série Cadernos do CEJ, 24. Seminário Internacional – As Minorias e o Direito.

¹⁰ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa e SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas Da. *As Ações Afirmativas e os Processos*. Ob. Cit.

paulatinamente questionada. Assim, o que se fazia necessário era situar os socialmente desfavorecidos no plano da igualdade aos socialmente privilegiados. Dessa forma, em vez de se referir a “igualdade de oportunidades, importava falar em igualdade de condições.”¹¹

Impende ressaltar que a origem da ideia e inspiração do princípio da igualdade é anterior à Revolução Francesa e à independência das 13 Colônias norte-americanas, como já explicitado acima, com Aristóteles, o que, no entanto, não afasta a importância e relevância desses documentos políticos e sua grande influência no direito contemporâneo.

A noção de igualdade passou por diversas mudanças no decorrer de vários paradigmas diferentes. Pode-se observar que, no período do constitucionalismo clássico, a igualdade era vista apenas como um conceito meramente formal e abstrato, ou seja, no paradigma liberal, o homem viu pela primeira vez reconhecidos seus direitos individuais. Com a mudança de paradigma para o social, a igualdade passou a se alicerçar na garantia dos direitos econômicos, sociais, coletivos e difusos, e, portanto, neste momento, a igualdade não é mais um conceito simplesmente formal. No constitucionalismo contemporâneo, sob a influência de um Estado Democrático de Direito, paradigma no qual todos se inserem, é premente o reconhecimento do direito de igual participação do cidadão na sociedade.

Empreender-se-á agora, para melhor compreensão do estudo aqui elaborado, uma pequena evolução histórica constitucional brasileira a respeito do princípio da igualdade.

A Constituição de 1824 previa o princípio da igualdade, que primava em sua substancialidade pela população branca, porquanto a igualdade jurídica no ideário liberal do século XIX era plenamente compatível com a escravidão, *verbis*:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

¹¹ DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da igualdade no direito do trabalho**: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho. Coimbra: Almedina, 1999. *Apud* SOUSA, Oziel Francisco De., ob. Cit.

Na primeira Constituição republicana brasileira, a de 1891, foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro o princípio isonômico como vedação formal a privilégios individuais.

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 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.

Com o advento da Constituição de 1934, a igualdade começou a destacar-se dos privilégios em curso – até então próprios da nobreza. Assim dispunha o art. 113, I:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

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.

As constituições brasileiras de 1937 e 1946 optaram por dispor a igualdade no Texto Constitucional nos seguintes dizeres: “Todos são iguais perante a lei”.

Em 1967, no art. 150, §1º, ampliou o texto de modo a abranger diversas formas de discriminação, incluindo punição por preconceito de raça, veja-se:

Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.

O Princípio da Isonomia exsurge como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais. Assim, a Constituição Federal de 1988 ao consagrar o princípio da Igualdade, garante – ou pelo menos objetiva asseverar – que todos os cidadãos tenham direito de tratamento idêntico pela lei.

Com esse princípio, o que a Constituição Federal de 1988 veda são diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual em casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas situações discriminatórias admitidas pelo Direito. Haverá, doutra parte, lesão ao princípio em

comento quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo Direito.

Necessário é lembrar também, como ressaltado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada não só por meio de leis, mas, também, pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.¹²

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. No primeiro, destina-se ao legislador ou ao Poder Executivo para intervir na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Noutra plano, dirige-se ao intérprete, aos aplicadores do Direito, que devem, ao aplicar a lei e os atos normativos, fazê-lo de maneira igualitária, sem estabelecimento de certas diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social.

Analisar-se-á agora o Princípio da Igualdade sob perspectivas diferentes, porém complementares, quais sejam, a igualdade formal e a igualdade material.

A ideia de igualdade formal tem sua evolução histórica iniciada nas modernas declarações de direito, que consagravam a ótica contratualista do Estado Liberal, diante dos excessos do regime absolutista. Em linhas gerais, o Estado Liberal tem como características marcantes a garantia dos direitos individuais (direitos políticos, públicos e de liberdade); ausência de previsão de direitos sociais nos textos constitucionais; pela não-intervenção do Estado no domínio econômico; posituação do princípio da legalidade; separação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e a liberdade contratual. Note-se que, nesse tipo de Estado, o Princípio da Isonomia é entendido como a igualdade de todos perante a lei, estendido a todos os cidadãos de maneira uniforme.

A pobreza que arrasava a Europa pós 1ª Guerra Mundial e a crise da Bolsa de New York em 1929 propiciaram o surgimento de outro ciclo social-democrático, na medida em que a neutralidade estatal se mostrava fomentadora de desigualdades e impotente para a resolução de problemas de ordem social e econômica.

¹² COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 59.

Com o advento do Estado Social, o princípio da igualdade adquiriu um novo contorno, incorporando a igualdade material e seguindo no sentido da chamada discriminação positiva.

Yuri Schneider, apoiado em Konrad Hesse, traz a seguinte síntese:

Como assinala Konrad Hesse, a igualdade jurídica formal pede a realização, sem exceção, do direito existente, sem consideração da pessoa: cada um é, em forma igual, obrigado e autorizado pelas normalizações do direito; ao contrário, é proibido a todas as autoridades estatais não aplicar direito existente a favor ou à custa de algumas pessoas. Já a igualdade material não consiste em um tratamento igual sem distinções em todas as relações, senão só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual para fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual.¹³

A desigualdade na lei que a Constituição Federal vigente busca impedir se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve se aplicar em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente, por isso, uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal, quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.¹⁴

Com Bandeira de Mello, recebe-se a lição de que “é certo que fator objetivo algum pode ser escolhido aleatoriamente, isto é, sem pertinência lógica com a diferenciação pretendida.”¹⁵

Bandeira de Mello arremata, acentuando:

¹³ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, p. 136-137. *Apud* SCHNEIDER, Yuri. *A (in) efetividade dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito: as ações afirmativas como consecutórias da busca eficaz do princípio constitucional da igualdade*. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp030330.pdf>. acesso em 27 de março de 2009.

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Princípio da Isonomia: desequiparações proibidas e permitidas*. Revista Trimestral de Direito Público, nº 1, p. 79.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de,. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

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

O ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a discriminação legal decidida em função dele.

De revés, ocorre imediata e intuitiva rejeição de validade à regra que, ao apartar situações, para fins de regulá-las diversamente, calça-se em fatores que não guardam pertinência com a desigualdade de tratamento jurídico dispensado.

Tem-se, pois, que é o vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais colecionados e a disparidade das disciplinas estabelecidas em vista deles, o *quid* determinante da validade ou invalidade de uma regra perante a isonomia.

Tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada.¹⁶

No mesmo sentido, vem a lição oferecida por Humberto Ávila¹⁷:

Vale dizer: a aplicação da igualdade depende de um *critério diferenciador* e de um *fim* a ser alcançado. Dessa constatação surge uma conclusão tão importante quanto menosprezada: fins diversos levam à utilização de critérios distintos, pela singela razão de que alguns critérios são adequados à realização de determinados fins; outros, não. Mais do que isso: fins diversos — como será demonstrado — conduzem a medidas diferentes de controle.

Do ensino ora exposto, pode-se depreender que haverá ofensa ao Princípio da Igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto. A discriminação não pode ser gratuita ou fortuita.

Impende que exista uma adequação racional, lógica, proporcional entre o tratamento diferenciado constituído e a razão diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados. A distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia.

A lei não pode, sob pena de ofensa ao Texto Constitucional, conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias que peculiarizam de uma categoria de indivíduos, se não houver

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ ÁVILA. Humberto. Estatuto do contribuinte: conteúdo e alcance. *In* Revista Diálogo Jurídico. Ano I. vol. 1, nº 03, junho de 2001. Salvador – Bahia.

adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada.

2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Remonta às Sagradas Escrituras a origem mais longínqua desse princípio. Segundo a doutrina de PECES-BARBA,

A ideia do homem como ser criado à imagem e semelhança de Deus, presente no Gênesis, a doutrina cristã do amor incondicional ao próximo, difundida no Novo Testamento, e o reconhecimento da igualdade entre os povos perante Deus, destaca na Epístola de São Paulo aos Gálatas, são ricos exemplos da influência do pensamento cristão sobre a idéia da dignidade da pessoa humana¹⁸.

Não obstante essa influência do Cristianismo, somente após os horrores vividos durante a II Guerra Mundial é que, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, da ONU se oficializou uma tentativa de reconstrução do Mundo, agora tendo por base a dignidade da pessoa humana. Já no preâmbulo da Declaração encontra-se a primeira menção à dignidade, o que continua por todo o corpo do Texto, *verbis*:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,¹⁹

Paulatinamente, todos os Estados foram adotando o mencionado princípio no contexto de suas constituições, assim a Constituição alemã de 1949, ou Lei Fundamental de Bonn, consagrando, em seu art. 1º, “a dignidade da pessoa humana” (*Schutz der Menschenwürde*), *in verbis*: “A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo poder público”.

A Constituição italiana de 1947 estabeleceu como princípio fundamental que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social perante a lei. Portugal, com o fim do regime ditatorial de Salazar, em 1976, em sua nova Constituição, pode seguir a mesma linha, estabelecendo que Portugal é uma República soberana, baseada,

¹⁸ PECES-BARBA Martinez Gregório. **Curso de Derechos Fundamentales**: Teoría General. p. 79-81

¹⁹ **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**. Adotada e proclamada pela resolução 217A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, *in* http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm, acesso em 10 de abril de 2009.

entre outros valores, na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na formação de uma sociedade livre, justa e solidária.

A Espanha, após o fim do franquismo – regime ditatorial comandado por Franco –, em sua Constituição de 1978, a exemplo dos demais países europeus, protege a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros, que são fundamentos da ordem política e da paz social.

No Brasil, a primeira constituição que positivou esse princípio foi, ironicamente, a Constituição de 1967 – época da ditadura militar, no primeiro governo militar, com o cearense Gen. Castello Branco – ao tratar da ordem econômica e social, em seu art. 157, II, ao assim dispor:

Art. 157: A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana

Esse texto foi mantido com a Emenda Constitucional nº01/69, que para alguns foi, na verdade, uma nova Constituição.

Obviamente, as primeiras positavações feitas pelo constituinte nacional não dava ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana os mesmos significado e mesmo sentido como hoje se entende.

Na vigente Constituição de 1988, o constituinte erigiu esse princípio à categoria de princípio fundamental. Iniciava-se o Estado Social.

O que se objetivava com o Estado Social, por meio do intervencionismo estatal na ordem econômica e social, era a concretização de direitos sociais, denominados de segunda geração, com tutela fundamental voltada para a dignidade da pessoa humana.

É salutar o pensamento de Glauco Barreira Magalhães Filho, para quem

A pessoa humana é o valor básico da Constituição, o Uno do qual provém os direitos fundamentais não por emanção metafísica, mas por desdobramento histórico, ou seja, pela conquista direta do homem. Só podemos compreender os direitos fundamentais mediante o retorno à ideia de dignidade da pessoa humana, pela regressão à origem.²⁰

O art. 1º, inciso III da Constituição de 1988, dispõe:

²⁰ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p.229.

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:
III - a dignidade da pessoa humana

Desse dispositivo constitucional, pode-se extrair não apenas mais uma norma, porém mais do que isso, pois constitui uma norma definidora e norteadora de direitos e garantias, como também de deveres fundamentais.

Neste contexto, impende fazer referência à dupla função defensiva e prestacional da dignidade, de tal sorte que o Texto Constitucional, ao reconhecer a dignidade como princípio fundamental, encerra normas que outorgam direitos subjetivos de cunho negativo (não-violação da dignidade), mas que também impõe condutas positivas no sentido de proteger e promover a dignidade, tudo a demonstrar a multiplicidade de normas contidas num mesmo dispositivo²¹.

A dignidade da pessoa humana é o *valor constitucional supremo* que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, expressos nesta Constituição. Daí envolver o direito à vida, os direitos pessoais tradicionais, mas também os direitos sociais, os direitos econômicos, os direitos educacionais, bem como as liberdades públicas em geral.

Quando o Texto Constitucional proclama a dignidade da pessoa humana, está corroborando um imperativo de justiça social. É o *valor constitucional supremo*, no sentido de que abarca três dimensões, como ensina Antonio Enrique Pérez Luño²²: 1ª) *fundamentadora* – núcleo basilar e informativo de todo o sistema jurídico-positivo; 2ª) *orientadora* – estabelece metas ou finalidades predeterminadas, que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obstaculize a consecução daqueles fins enunciados pelo sistema axiológico constitucional; e 3ª) *crítica* – em relação às condutas.

Nesse sentido, é válido se dizer que a dignidade da pessoa humana, na qualidade de vetor determinante da atividade exegética da Constituição de 1988, consigna um *sobreprincípio*. Sua observância é, pois, obrigatória para a interpretação de qualquer norma constitucional, em razão da força centrípeta que possui, atraindo em torno de si o conteúdo de todos os direitos básicos e inalienáveis do homem.

²¹ Ingo Wolfgang Sarlet. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. 3ª ed. rev. E ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004. (págs. 68 e 69)

²² LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. 4ª Ed. Madrid, Tecnos, 1988, p. 288-289.

Seja como for, a dignidade da pessoa humana é o carro-chefe dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. Esse princípio conferiu ao Texto uma tônica especial, porque lhe impregnou com a intensidade de sua força. Nesse passo, condicionou a atividade do intérprete.

Sendo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana uma norma jurídica constitucional, reveste-se do caráter da imperatividade que possuem as normas jurídicas em geral. Sendo imperativo, esse princípio precisa ser respeitado sob pena de acarretar consequências ao seu transgressor. Necessário também se faz um meio capaz de tutelar este princípio na esfera judicial. Assim, a norma jurídica dotada de imperatividade que veicula o princípio da dignidade da pessoa humana deve possuir aplicabilidade, na medida em que exista consequência jurídica para seu transgressor e meios jurídicos de sua tutela jurisdicional.

Não se pretende conceituar, definir ou esgotar o assunto acerca da dignidade da pessoa humana, mas procurar elementos que esbocem sua figura no âmbito jurídico-constitucional e que auxiliem o desenvolvimento do presente trabalho.

Assim, entendemos que dignidade da pessoa humana veicula, entre outros, o seguinte valor: todo ser humano é uma pessoa, dotado de personalidade, com direitos e deveres, membro da sociedade em que vive e merecedor de uma existência humana, e não subumana.

A dignidade da pessoa humana pressupõe algumas condições básicas de existência, entre as quais está a educação, conforme o próprio ordenamento jurídico-constitucional preconiza (arts. 1º, III; 6º e 205). Dessa forma, a educação possui papel de suma importância na efetivação da dignidade.

Faz-se necessário, portanto, identificar quais as normas que o ordenamento jurídico-constitucional apresenta para moldar e garantir na esfera jurídica a dignidade da pessoa humana, para garantir uma vida digna a todo e qualquer ser humano por ela tutelado, para garantir o *mínimo existencial*, ou *piso mínimo normativo*. Justamente neste ponto a educação é inserida, ou seja, faz parte deste *mínimo existencial* ou *piso mínimo normativo*, compõe o conjunto de elementos que dão forma ao conteúdo mínimo da dignidade. E isso é percebido quando se faz uma interpretação sistemática da Constituição.

Cumprido ressaltar, neste ponto, que a educação faz parte deste mínimo, existindo outros direitos e garantias que o compõem, como os direitos individuais previstos no art. 5º da Constituição Federal, e os outros direitos sociais previstos no art. 6º da mesma Carta Magna. Por questões metodológicas, porém, e para que não se escape do tema proposto para o presente trabalho, tratar-se-á apenas da educação, não querendo dizer que os demais são menos importantes, pelo contrário.

Com efeito, a Constituição Federal, em seu art. 6º, consagra a educação como um direito social. Sob tal aspecto, o professor Celso Fiorrillo²³, ao referir-se ao *piso mínimo normativo*, indica que este elenca condições sem as quais o homem não pode viver dignamente, indicando que tais condições estão expressas no art. 6º da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos sociais à **educação**, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

Neste mesmo sentido, vem a lição do professor Ricardo Lobo Torres²⁴ :

Os direitos à alimentação, saúde e **educação**, embora não sejam originariamente fundamentais, adquirem o status daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive.

O professor José Afonso da Silva também comunga deste entendimento, dizendo que a educação é um dos “(...) indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.”²⁵

O sentido do direito à educação na Ordem Constitucional de 1988 está intimamente ligado ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, bem como com os seus objetivos, especificamente: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalidade, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem comum.

O tratamento constitucional do direito à educação está intimamente ligado à busca do ideal de igualdade que caracteriza os direitos de 2ª dimensão. Os direitos

²³ FIORILLO. Celso Antonio Pacheco, Estatuto da Cidade Comentado, 2ª edição, Ed. Revista dos Tribunais.

²⁴ *Os direitos humanos e a tributação – Imunidades e Isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 129, *apud* Ana Paula de Barcellos, Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº 221, 2000, p. 181.

²⁵ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 109

sociais abarcam um sentido de igualdade material que se realiza por meio da atuação estatal dirigida à garantia de padrões mínimos de acesso a bens econômicos, sociais e culturais a quem não conseguiu a eles ter acesso por meios próprios. Em última análise, representam o oferecimento de condições básicas para que o indivíduo possa efetivamente se utilizar das liberdades que o sistema lhe outorga.

Uadi Lamnago Bullos, ao comentar a Constituição Brasileira, indica a educação como caminho para o homem evoluir. Dessa forma, constitui um direito público subjetivo, de sorte que, é um dever não só do grupo familiar, como também do Estado.

Constituiria violação ao Princípio da Isonomia o ato de proibir, direta ou indiretamente, o livre acesso à escola.

Para que seja efetivado o desígnio constitucional em análise, torna-se indispensável a existência de escola para todos. Em sentido contrário, o direito público subjetivo à educação ficará sem sentido. Isso significa que o particular tem a faculdade de exigir do Estado o cumprimento da prestação educacional. Nesse sentido, os poderes públicos poderiam fazer muito pela educação, promovendo-a, colocando-a ao dispor de quem quer que seja, até porque ela encontra referencial maior no art. XXVI da Declaração Universal dos Direitos do Homem, ainda que tal argumento se apresente tão distante dos nossos juízes e tribunais.

Desta forma, para que cada ser humano seja considerado e respeitado como tal, é preciso que possua uma vida digna em atenção à sua dignidade. Faz-se necessária esta atenção ao Princípio da Dignidade da Pessoa para que o ser humano não seja transformado em mero objeto do Estado, pois o ente estatal existe em função do homem, e não o homem em função dele.

3 AÇÕES AFIRMATIVAS: A INICIATIVA ESTADUNIDENSE E SUA INFLUÊNCIA NO MUNDO.

Inicialmente, buscar-se-á o conceito de ações afirmativas. Para tanto, serão empregados o direito nacional e o comparado, principalmente o ianque. Empós, conceituar-se-á a ideia de cotas e, na sequência, tratar-se-á da realidade brasileira e a qual tipo de ação afirmativa se harmoniza a sociedade.

Nas palavras da ianque Bárbara Reskin²⁶,

O termo ação afirmativa refere-se a políticas e procedimentos obrigatórios e voluntários desenhados com o objetivo de combater a discriminação no mercado de trabalho e também de retificar os efeitos de práticas discriminatórias exercidas no passado pelos empregadores. Da mesma forma que no caso das leis anti-discriminatórias, o objetivo da ação afirmativa é tornar a igualdade de oportunidades uma realidade, através de um “nivelamento de campo”.

Segundo Mônica Grin²⁷,

A definição corrente norte-americana conceitua políticas de ação afirmativa como medidas introduzidas por novos arranjos na legislação dos direitos civis ou por ordem do Executivo, pelas quais autoridades públicas, empresas privadas, instituições universitárias privadas e públicas e diversas entidades que recebem ajuda federal ou estão sujeitas à regulação do governo devem dedicar maior atenção à raça e à etnicidade.

Conceito similar expõe Sales Augusto dos Santos, ao transcrever a definição das ações afirmativas elaborada pelo Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) para a Valorização da População Negra, criado em 20 de novembro de 1995, no Governo Fernando Henrique Cardoso:

Medidas especiais e temporárias, tomadas ou determinadas pelo Estado, espontânea ou compulsoriamente, com o objetivo de eliminar desigualdades historicamente acumuladas, garantindo a igualdade de oportunidades e tratamento, bem como de compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização, decorrente de motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros. Portanto, as ações afirmativas visam combater os efeitos acumulados em virtude das discriminações ocorridas no passado²⁸.

Ações Afirmativas, segundo Joaquim Barbosa,

²⁶ HERINGER, Rosana (Org.). Desigualdades raciais e ação afirmativa no Brasil: reflexões a partir da experiência dos EUA. In: _____. *A cor da desigualdade: desigualdades raciais no mercado de trabalho e ação afirmativa no Brasil*. Rio de Janeiro: IERÊ/UFRJ, 1999, p.51-52.

²⁷ GRIN, Mônica. Esse ainda objeto de desejo: Políticas de ações afirmativas e ajustes normativos – o seminário de Brasília. *Revistas Novos Estudos*, Brasília, nº 59, p.172, mar.2001.

²⁸ SANTOS, Sales Augusto dos. Ação Afirmativa e mérito individual. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Org.). *Ações afirmativas: Políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p.96.

(...) consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade. De cunho pedagógico e não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade, têm como meta, também, o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, inculcando nos atores sociais a utilidade e a necessidade da observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano. Constituem, por assim dizer, a mais eloqüente manifestação da moderna idéia de Estado promotivo, atuante, eis que de sua concepção, implantação e delimitação jurídica participam todos os órgãos estatais essenciais, aí incluindo-se o Poder Judiciário, que ora se apresenta no seu tradicional papel de guardião da integridade do sistema jurídico como um todo, ora como instituição formuladora de políticas tendentes a corrigir as distorções provocadas pela discriminação. (...), é indispensável a ampla conscientização da própria sociedade acerca da absoluta necessidade de se eliminar ou de se reduzir as desigualdades sociais que operam em detrimento das minorias. No plano jurídico-constitucional, notadamente a partir da análise de seu berço histórico, isto é, o Direito Público dos Estados Unidos, as ações afirmativas constituem uma verdadeira revolução jurídica.²⁹

Ainda na lição de Joaquim Barbosa³⁰, referindo-se à experiência estadunidense, destaca que no início as ações afirmativas eram tidas como um mero encorajamento por parte do Estado para que as pessoas com poder decisório nas áreas públicas levassem em consideração, nas suas decisões relativas a temas sensíveis como o acesso à educação e ao mercado de trabalho, fatores até então havidos como formalmente irrelevantes pela maioria dos responsáveis políticos e empresariais, quais sejam, a raça, a cor, o sexo e a origem nacional das pessoas. Tal encorajamento tinha por meta, tanto quanto possível, ver concretizado o ideal de que tanto as escolas quanto as empresas refletissem em sua composição a representação de cada grupo na sociedade ou no receptivo mercado de trabalho.

De acordo com esse autor, no final da década de 1960 e início dos anos 1970, iniciou-se a modificação no conceito aplicado às ações afirmativas, uma vez que, constatada a ineficiência dos métodos tradicionais de combate à discriminação, passou-se a entender ações afirmativas numa perspectiva mais diferente, de realização da igualdade de oportunidade material, mediante a imposição da adoção de cotas rígidas de acesso de integrantes dos grupos minoritários a determinados setores do mercado de trabalho e a instituições de ensino de destaque.

²⁹ Ibidem.

³⁰ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa e DA SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas. AS AÇÕES AFIRMATIVAS E OS PROCESSOS DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE EFETIVA.

Carmen Lúcia Antunes Rocha³¹, ao enfrentar o tema das ações afirmativas do ponto de vista jurídico-constitucional, destaca a noção de que, pela desigualdade introduzida pelas ações afirmativas, é possível alcançar-se uma igualdade efetiva, no âmbito do social, da política e da economia no e segundo o direito. De acordo com ela, "por essa desigualdade positiva se promove a igualdade jurídica efetiva".

Villas Bôas³² conceitua as ações afirmativas como um conjunto de medidas especiais e temporárias tomadas ou determinadas pelo Estado com o objetivo específico de eliminar as desigualdades acumuladas no decorrer da história da sociedade.

O país pioneiro na adoção das políticas sociais denominadas "ações afirmativas" foi os Estados Unidos da América. Tais políticas foram concebidas inicialmente como mecanismos tendentes a solucionar aquilo que o chamado dilema americano: ou seja, a marginalização social e econômica do negro na sociedade dos EUA. Posteriormente, elas foram estendidas às mulheres, a outras minorias étnicas e nacionais, aos índios e aos deficientes físicos.

Como exposto no início deste capítulo, os EUA foram os pioneiros na implementação das ações afirmativas. Necessário, para melhor compreensão, é um estudo de como evoluiu esse instituto no Direito estadunidense.

Nos EUA, os grupos preferenciais e as cotas evoluíram de leis que, de início, procuravam banir a discriminação de indivíduos, como foi o caso da Lei dos Direitos Civis, de 1964, tendo os negros como o grupo principal. Posteriormente, os programas de ação afirmativa foram se expandindo para incluir, além de outros grupos raciais ou étnicos, também as mulheres.

O racismo sempre esteve arraigado na cultura ianque, causando, em diversas oportunidades registradas na história, graves tensões sociais. Um exemplo disso foi o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*³³, que serviu para endossar o descontentamento dos negros contra o preconceito latente na sociedade, o que desencadeou e inspirou lutas em favor dos direitos humanos, não só nos EUA, como

³¹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 33, n.131, jul./set. 1996.

³² VILLAS BÔAS, Renata M. Ações afirmativas. **Revista Consulex**, n.163, p.29, 31 out. 2003

³³ O caso é um dos mais famosos em termos de ação afirmativa, pois representou uma quebra na base jurídica que assegurava a segregação racial nas escolas e em outras instalações públicas.

por todo o Mundo, especialmente na contextura movimentos com índole pacifista difundida por líderes como Martin Luther King Jr.

Apenas as manifestações do Poder Judiciário não eram suficientes para combater o preconceito, e o então senador John F. Kennedy, também pertencente a segmentos minoritários da sociedade ianque por ser católico e descendente de irlandeses, assimilou a importância desse tema, e, já em discursos em campanhas presidenciais, em 1960, defendia as classes menos afortunadas, em setores como educação, saúde e previdência social.

Ávido por implantar medidas que apresentassem resultados perceptíveis ao seu eleitorado, o presidente Kennedy expediu, dois meses após assumir a Presidência, a Executive Order nº 10.925, que objetivava fiscalizar e reprimir a discriminação existente no mercado de trabalho. Conforme Menezes³⁴, desde essa ordem executiva, em todos os contratos celebrados com o Governo federal,

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

No original: *Executive Order 10925*³⁵

Dessa medida adotada pelo governo Kennedy, depreende-se que não se criavam preferências por negros, tampouco se instituíam cotas raciais nos EUA. O que se fazia era, tão somente, garantindo que na contratação dos empregados, não seriam levados em conta sexo, raça, orientação religiosa ou nacionalidade.

Após a trágica morte de Kennedy, sucedeu-lhe na Presidência seu vice, Lyndon B. Johnson, que assumiu o cargo comprometido em seguir os passos de seu antecessor. Alguns avanços foram verificados, como, por exemplo, a aprovação de projetos como o Civil Right Act³⁶, que proibia a discriminação ou segregação em lugares ou alojamentos públicos, no original:

TITLE II -- INJUNCTIVE RELIEF AGAINST DISCRIMINATION IN PLACES OF PUBLIC ACCOMMODATION SEC. 201. (a) All persons shall be entitled to the full and equal enjoyment of the goods, services, facilities, and

³⁴MENEZES, Paulo Lucena. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norteamericano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.29

³⁵ Anexo 2.

³⁶ MENEZES, op. cit., p.90.

privileges, advantages, and accommodations of any place of public accommodation, as defined in this section, without discrimination or segregation on the ground of race, color, religion, or national origin.

Igualmente previa a observância de medidas não discriminatórias na distribuição de recursos em programas monitorados pelo Governo federal, no original:

TITLE IV -- DESEGREGATION OF PUBLIC EDUCATION SURVEY AND REPORT OF EDUCATIONAL OPPORTUNITIES **SEC. 402.** *The Commissioner shall conduct a survey and make a report to the President and the Congress, within two years of the enactment of this title, concerning the lack of availability of equal educational opportunities for individuals by reason of race, color, religion, or national origin in public educational institutions at all levels in the United States, its territories and possessions, and the District of Columbia.*

O Civil Right Act ainda proibia a discriminação no mercado de trabalho por motivo de raça, cor, sexo ou origem nacional, a ser observada pelos grandes empregadores, incluindo-se as universidades públicas e privadas, no original:

TITLE VII -- EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY DISCRIMINATION BECAUSE OF RACE, COLOR, RELIGION, SEX, OR NATIONAL ORIGIN **SEC. 703.** *(a) It shall be an unlawful employment practice for an employer -- (1) to fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin; or (2) to limit, segregate, or classify his employees in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin.*
(b) It shall be an unlawful employment practice for an employment agency to fail or refuse to refer for employment, or otherwise to discriminate against, any individual because of his race, color, religion, sex, or national origin, or to classify or refer for employment any individual on the basis of his race, color, religion, sex, or national origin.
(c) It shall be an unlawful employment practice for a labor organization -- (1) to exclude or to expel from its membership, or otherwise to discriminate against, any individual because of his race, color, religion, sex, or national origin; (2) to limit, segregate, or classify its membership, or to classify or fail or refuse to refer for employment any individual, in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities, or would limit such employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee or as an applicant for employment, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin; or (3) to cause or attempt to cause an employer to discriminate against an individual in violation of this section.)

Com a edição da *Executive Order nº 11.246*, passou-se a exigir dos contratantes com o Governo federal que, além de banir práticas discriminatórias, deveriam também estabelecer medidas efetivas em favor dos membros de minorias étnicas e raciais, por meio de recrutamento, contratação, níveis salariais e benefícios in-

diretos, com a finalidade de corrigir as iniquidades decorrentes das discriminações presentes ou passadas.

Esse decreto criou o *Office of Federal Contract Compliance*³⁷, no Ministério do Trabalho. Esse órgão administra e fiscaliza a aplicação de três entidades jurídicas que exigem igualdade de oportunidade de emprego, são elas: *Executive Order 11246, as amended; Section 503 of the Rehabilitation Act of 1973, as amended; e Vietnam Veterans' Readjustment Assistance Act of 1974, as amended, 38 U.S.C. 4212*. Essas leis proíbem a discriminação e exigem que empreiteiros e subempreiteiros que contratem com o Governo federal tornem efetivas as ações afirmativas ali consubstanciadas, garantindo a todos os indivíduos uma oportunidade igual de emprego, sem que, para a contratação, haja prevalência de raça, cor, religião, sexo, origem nacional, deficiências.

Ainda que não tenha alcançado resultados satisfatórios, essa ordem executiva ganhou relevante significado histórico, por ter sido, desde então, utilizada como base em programas direcionados ao combate das desigualdades sociais, e pelo fato de tais programas passarem a ser avaliados sob a ótica de políticas governamentais, sedimentando o conceito que viria a ser conhecido por ação afirmativa³⁸.

Em meados de 1970, durante o governo Nixon, surgiram outras diretrizes que se referiam a "procedimentos orientados para resultados", indicando mais fortemente o que iria ocorrer. No final de 1971, restou claro que "objetivos e cronogramas" significavam "aumentar materialmente o emprego de minorias e de mulheres". Nas ocasiões em que a paridade estatística não fosse alcançada em todas as categorias de empregos, requereu-se dos empregadores que confessassem a "deficiência na utilização de minorias e de mulheres", cabendo a eles o ônus da prova – e do remédio. Note-se que foi na década de 1970 que ficou então estabelecida essa nova ideia de ação afirmativa, transformada num conceito numérico, por vezes chamado de "objetivo" ou de "cotas"³⁹.

Sem querer adentrar o conteúdo a ser abordado no capítulo 5, adiante-se que a Suprema Corte dos Estados Unidos mudou recentemente seu entendimento,

³⁷ <http://www.dol.gov/esa/ofccp/> acesso em 11 de abril de 2009.

³⁸ MENEZES, op. cit., p.92.

³⁹ SOWELL, op. cit., p.125

impondo limites às políticas raciais naquele País, notadamente com o voto do juiz Anthony M. Kennedy, que assim se posicionou:

O argumento a favor de marcar os indivíduos conforme sua raça ignora os perigos trazidos pelas classificações individuais, perigos que não são tão significativos quando os mesmos fins são obtidos por outros meios. Quando o governo classifica um indivíduo por raça, ele precisa primeiro definir o que ele entende por raça. Quem, exatamente, é branco ou não branco? Ser forçado a viver com um rótulo racial definido pelo governo é inconsistente com a dignidade dos indivíduos em nossa sociedade. É um rótulo que os indivíduos não têm o poder de mudar. Classificações governamentais que obrigam a pessoas a marchar em diferentes direções de acordo com tipologias raciais pode causar novas divisões. A prática pode levar a um discurso corrosivo, em que a raça deixa de ser elemento de nossa herança diversificada, e se transforma em uma ficha de negociação no processo político⁴⁰.

Com suporte na lição dos EEUU, tornou-se comum a adoção de programas de ações afirmativas em diversos países. A moda de exemplo, serão convidados o Canadá e a África do Sul, duas realidades bem distintas que servirão para marcar as ações afirmativas.

Antes de adentrar essas peculiaridades, é importante ressaltar que, quando se fala em ações afirmativas, deve-se analisá-las sob, pelo menos, dois aspectos: trata-se, não necessariamente, de políticas implementadas pelo Estado, ou seja, podem também ser implementadas pelo setor privado. E ainda: a reserva de cotas para minorias, seja no serviço público, seja em instituições públicas de ensino, como nas universidades, é apenas uma das modalidades de ação afirmativa. Outros mecanismos de proteção social também se enquadram em tais políticas.

Assim, é possível mencionar como outros exemplos de ação afirmativa a oferta de treinamentos específicos para membros de certos grupos sociais com vistas à sua qualificação e o oferecimento de cursos preparatórios para melhorar seu rendimento no acesso à universidade.

No Canadá, país que, à semelhança dos Estados Unidos, adota o sistema da *Common Law*, as ações afirmativas lá chegaram por influência da experiência ianque. Com as discussões surgidas em torno do homem no período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial, bem como pelo impacto causado pelas manifestações e pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada pela Organização das Nações Unidas, esse país aprovou, depois de intensos debates em seu Parlamento, a *Canadian Bill of Rights*, introduzido no plano infraconstitucional. Posteriormente,

⁴⁰ <http://www.schwartzman.org.br/sitesimon/?p=160&lang=pt-br>. Acesso em 11 de abril de 2009.

contudo, a maior parte dos direitos e das liberdades individuais prevista naquele ato legislativo foi introduzida no sistema constitucional do Canadá por meio do Ato Constitucional de 1982, que introduziu o *Charter of Rights*, de modo que as garantias individuais passaram a ser tuteladas não apenas na esfera federal, mas também no direito das províncias, em caráter geral.

O parágrafo segundo do artigo 15⁴¹ estabelece expressamente uma cláusula de ação afirmativa, determinando em quais hipóteses serão admitidas exceções à cláusula geral de igualdade. Não obstante estar constitucionalizada expressamente a previsão das ações afirmativas no Canadá, a Suprema Corte daquele País tem afirmado que a instituição desses programas exige a sua conjugação com o princípio geral de igualdade de todos, devendo, para sua validade, estabelecer uma relação lógica e razoável entre a diferenciação benigna feita pela norma e o fim por ela visado. Vale ressaltar, porém, que essas disposições são válidas apenas nas relações entre o particular e o Estado, sendo inaplicáveis nas relações entre particulares.

A situação sul-africana, como se sabe, é bem mais delicada. Desde 1910, a luta e a conquista do controle político pela minoria branca permitiram que se instalasse, com o regime do *apartheid*⁴², uma desastrosa fragmentação da sociedade. O fim desse regime nefasto começou a ser constituído em 1990, por iniciativa do então primeiro-ministro De Klerk, que autorizou a libertação de Nelson Mandela e anunciou a tentativa de transição de uma sociedade fracionada para uma nação liberal, multiétnica e democrática.

Com o fim desse trágico momento da história, permeado por sangrentas batalhas e sacrifício de líderes e militantes do movimento negro por decisão dos detentores do poder, fez-se necessária a elaboração de outra Constituição para o País, que refletisse os seus novos valores e objetivos sociais e políticos. Nesse contexto,

⁴¹15(2). "A subseção (1) não impede qualquer lei, programa ou atividade que tenha como seu objeto a melhoria das condições de indivíduos ou grupos desfavorecidos, incluindo aqueles que estão em desvantagem devido a raça, origem étnica ou nacional, cor, religião, sexo, idade ou deficiência física ou mental." (MENEZES, op. cit., p.129). No original: *15(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability*. Disponível em <http://laws.justice.gc.ca/en/charter/>. Acesso em 11 de abril de 2009.

⁴² Apartheid significa estado de separação no dialeto afrikaans. De acordo com Ellis Cashmore (op. cit., p.69/73), Apartheid é uma "palavra africana que significa 'à parte' ou separação total. No contexto sul-africano, onde o termo definia a política oficial, ele se referia à segregação entre os brancos e os definidos como 'não-brancos', com base no baasscap, filosofia que reivindicava a supremacia dos brancos".

a busca de soluções que pudessem levar o País em novo rumo, no que se refere à participação dos negros na sociedade, desembocou nas ações afirmativas, que, desde então, se tornaram assunto de interesse e relevância nacionais. Com a proximidade da elaboração do novo Texto Constitucional e a possibilidade de incluírem-se as ações afirmativas no âmbito da declaração dos direitos fundamentais, políticos e especialistas passaram a estudar o tema e apresentaram duas propostas a seu respeito, conforme assinala Paulo Lucena de Menezes⁴³:

A primeira delas, sugerida pela South African Law Commission em um relatório datado de agosto de 1991 (Interim Report on Group na Human Rights), privilegiava o princípio da igualdade jurídica a) e proibia a discriminação baseada em vários critérios (sexo, raça, religião etc.), inclusive o preconceito social, mas com a seguinte ressalva: b) Para esse fim (igualdade perante a lei) o corpo legislativo mais elevado poderá, através de legislação de força e efeitos gerais, introduzir, portanto, tais programas de ação afirmativa e votar tais fundos na medida em que forem razoavelmente necessários para garantir que, através de educação e treinamento, de programas de financiamento e de emprego, todos os cidadãos tenham iguais oportunidades de desenvolver e realizar em plenitude seus talentos e aptidões naturais. (...). A segunda proposta, elaborada pelo próprio Comitê Constitucional do African National Congress (A Bill of Rights for a Democratic South África – Working Draft Consultation), era ainda mais incisiva, no tratamento da ação afirmativa. Constata-se: "Artigo 13. Ação Afirmativa. (1) Nada na Constituição irá excluir a aprovação de legislação, ou a adoção por qualquer órgão público ou privado de medidas especiais de natureza positiva destinadas a produzir o incremento de abertura de oportunidades, incluindo acesso a educação, a habilidades especiais, a emprego ou a terra, e o progresso geral nas esferas social, econômica e cultural de homens e mulheres que, no passado, tenham sido prejudicados pela discriminação

A Constituição que entrou em vigor em fevereiro de 1997, no entanto, avançava bem menos do que qualquer uma das duas propostas apresentadas, preservando que "a igualdade inclui a plena e igual fruição de todos os direitos e liberdades. Para promover a obtenção dessa igualdade, medidas legislativas e outras que visem proteger ou favorecer pessoas, ou categorias de pessoas prejudicadas por discriminação injusta poderão ser tomadas", mas já albergava, expressamente, o princípio geral da ação afirmativa.

Um equívoco recorrente no Direito brasileiro é importar doutrinas estrangeiras, sem que se façam as devidas adequações à realidade nacional. Com as ações afirmativas, também houve esse problema.

No Brasil, durante o Governo Vargas, foi editada a chamada Lei de dois terços, que exigia a contratação de, pelo menos, dois terços de trabalhadores nacionais por qualquer empresa instalada no País, e a chamada Lei do Boi - Lei nº

⁴³ MENEZES, op. cit., p.132-133.

5.465/68 - , sancionada em julho de 1968 e revogada somente em 1985, que assegurava até 50% das vagas nos estabelecimentos públicos de ensino agrícola para agricultores ou seus filhos.

Hélio Santos⁴⁴ menciona que o primeiro registro encontrado da discussão em torno do que hoje se poderia chamar de ações afirmativas data de 1968⁴⁵, quando técnicos do Ministério do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho manifestaram-se favoráveis à criação de uma lei que obrigasse as empresas privadas a manter uma percentagem mínima de empregados de cor, na ordem de 20%, 15% ou 10%, de acordo com o ramo de atividade e a demanda, como única solução para o problema da discriminação racial no mercado de trabalho.

Nos idos de 1969, o Brasil ratificou a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

Sabrina Moehlecke⁴⁶, por seu turno, defende o argumento de que que somente nos anos de 1980 houve a primeira formulação de um projeto de lei nesse sentido. O então deputado federal Abdias Nascimento, em seu projeto de Lei nº 1.332, de 1983, propôs uma "ação compensatória", que estabeleceria mecanismos de compensação para o afro-brasileiro após séculos de discriminação. Entre as ações figuraram: reserva de 20% de vagas para mulheres negras e 20% para homens negros na seleção de candidatos ao serviço público; bolsas de estudos; incentivos às empresas do setor privado para a eliminação da prática da discriminação racial; incorporação da imagem positiva da família afro-brasileira ao sistema de ensino e à literatura didática e paradidática, bem como introdução da história das civilizações africanas e do africano no Brasil. O projeto não foi aprovado pelo Congresso Nacional, mas as reivindicações continuaram.

Daí se pode notar que historicamente o Brasil, em vez de se preocupar com as ações afirmativas *latu sensu* ficou limitado ao estabelecimento de “cotas cegas”, nos dizeres de Joaquim Barbosa.

⁴⁴SANTOS, Hélio et al. Políticas públicas para a população negra no Brasil. **Relatório da ONU**, 1999. p.222.

⁴⁵Sabrina Moehlecke observa que essa lei não chegou a ser elaborada (MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. **Cadernos de Pesquisa – FCC**, São Paulo, n.1, fasc. 117, p.204, nov. 2002 (quadrimestral).

⁴⁶ MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. **Cadernos de Pesquisa – FCC**, São Paulo, n.1, fasc. 117, p.204, nov. 2002 (quadrimestral)

Nesse ponto, há uma diferenciação feita por Joaquim Barbosa⁴⁷, fundamental para o desenvolvimento deste ensaio:

A desinformação fez com que o debate sobre as ações afirmativas tenha se iniciado no Brasil de maneira equivocada. Confunde-se ação afirmativa com sistema de cotas. Em realidade, as cotas constituem apenas um dos modos de implementação de políticas de ação afirmativa. Como veremos ao longe deste estudo, a jurisprudência americana tem sérias restrições às chamadas “cotas cegas”, isto é, aquelas instituídas aleatoriamente, sem o propósito de corrigir uma injustiça precisa, que é a própria razão de existência das políticas de ação afirmativa. No Brasil, infelizmente, os poucos projetos de lei de ação afirmativa já apresentados no Congresso incorrem nesse erro.

Agir afirmativamente significa sair da situação de imparcialidade, de neutralidade, em que se encontrava o Estado liberal clássico, para realizar algo de positivo quanto à desigualdade dos grupos discriminados. E isso pode ocorrer de várias maneiras, e entre as mais comuns estão os benefícios fiscais, os programas de inclusão, as metas e as cotas.

Cota é apenas uma forma de ação afirmativa, entre inúmeras outras modalidades possíveis. Ação afirmativa é gênero, cota é espécie. Ação afirmativa é toda política voltada para a correção de desigualdades sociais produzidas ao longo da história de cada sociedade. Baseia-se na convicção de que a justiça social exige que a igualdade não seja apenas legal e formal e que, portanto, é legítimo, e mesmo mandatário, que o Poder Público tome medidas para reduzir a desigualdade.

Cota é uma das aplicações práticas, uma das medidas, dessa filosofia. Ela se caracteriza por estabelecer pisos ou tetos numéricos para o acesso de pessoas oriundas de grupos minoritários a determinados bens públicos, como emprego, educação, saúde, corpos deliberativos ou decisórios etc. Na universidade, o campo que aqui interessa, nos moldes do projeto de lei nº 73/99, o marco numérico é garantido pela introdução de desigualdade nas condições de acesso.

Entre os países que adotaram e adotam mecanismos de ação afirmativas, cotas são mais a exceção do que a regra.

A Índia, com sua sofisticada e excludente forma de organização social, é o país com a mais longa tradição de reserva de vagas no ensino superior, em particular, para a casta dos *dahlit*, os intocáveis. Para aplacar a oposição política e conflitos sociais, no entanto, em 1949, as próprias lideranças dos intocáveis sugeriram

⁴⁷ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Ação Afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

uma moratória de dez anos. As cotas, no entanto, estão em vigor até hoje, cinquenta anos depois, com resultados bastante controversos.

Joaquim Benedito Barbosa Gomes⁴⁸ explica que a justiça compensatória tem uma natureza "restauradora" voltada às sociedades que por longo período estiveram à mercê de políticas de subjugação de um ou vários grupos ou categorias de pessoas por outras, visando a corrigir os efeitos perversos da discriminação sofrida no passado.

Desse modo, com a adoção de programas de preferência em prol de certos grupos sociais historicamente marginalizados, estar-se-ia promovendo, em tempos atuais, uma "reparação" ou "compensação" pela injustiça cometida no passado aos antepassados pertencentes a esses grupos sociais⁴⁹.

A justificativa para tal procedimento baseia-se no fato de que a marginalização social tem inclinação perenizante, e toda a gama de preconceito e discriminação sofridos pelas gerações passadas tende a transmitir-se às gerações, ensejando um terrível e injusto ônus social, econômico e cultural que visivelmente vai se perpetuando.

O autor invoca a lição de Michel Rosenfeld, para quem a justiça compensatória cuida de "restaurar um equilíbrio que existia entre essas duas partes antes do envolvimento voluntário ou involuntário delas em uma transação que resultou em ganho para o violador e perda para a vítima"⁵⁰.

Ainda que a noção de justiça compensatória norteie vários programas de ação afirmativa em diversos países que adotam esse tipo de política social, trata-se, porém, de uma concepção não isenta de falhas, pois, conforme alerta Gomes⁵¹, em regra, somente quem sofre diretamente o dano é revestido de legitimidade para postular a respectiva compensação, e, ainda, tal compensação só pode ser reivindicada de quem efetivamente praticou o ato ilícito que causou o dano. Daí por que, segundo o autor, essas incongruências tendem a enfraquecer a tese compensatória como argumento legitimador das ações afirmativas.

⁴⁸GOMES, **Ação afirmativa...**, op. cit., p.62.

⁴⁹GOMES, **Ação afirmativa...**, op. cit., p.62.

⁵⁰ Apud GOMES, **Ação afirmativa...**, op. cit., p.62.

⁵¹GOMES, **Ação afirmativa...**, op. cit., p.65.

Para os que defendem a primeira corrente, a ação afirmativa representa um ressarcimento por danos a grupos sociais identificados ou identificáveis, causados pelo Poder Público ou por determinadas pessoas físicas ou jurídicas.

Para haver justiça e evitar uma discriminação reversa⁵², Menezes⁵³, do mesmo modo, alerta para a noção de que somente os responsáveis pelos atos discriminatórios sejam penalizados, assim como apenas as vítimas reais e individualmente reconhecidas sejam ressarcidas proporcionalmente aos danos sofridos.

Menezes⁵⁴, analisando as ações afirmativas sob o enfoque da concepção de justiça distributiva, assim se posiciona:

Sob o enfoque da concepção de justiça distributiva, a ação afirmativa, norteada para a concretização do princípio da igualdade material de oportunidades, estaria relacionada a uma igualdade proporcional, exigida pelo bem comum, na distribuição de direitos, vantagens e ônus entre os membros da sociedade, sendo implementadas por meio de diversos critérios, como, por exemplo, tomando com base os esforços, necessidades, utilidades etc.

William L. Taylor⁵⁵ esforça-se para diferenciar o conceito de ação afirmativa de outros conceitos, como reparação e redistribuição, e explica:

O primeiro, necessariamente, inclui beneficiários de seus programas todos os membros do grupo prejudicado. O segundo, por sua vez, pressupõe como critério suficiente (ou mesmo exclusivo) a carência econômica ou socioeconômica dos membros do grupo em questão, independentemente dos motivos dessa carência. A ação afirmativa diferenciar-se-ia, no primeiro caso, porque '... em programas de ação afirmativa, o pertencimento a um determinado grupo não é suficiente para que alguém seja beneficiado; outros critérios iniciais de mérito devem ser satisfeitos para que alguém seja qualificado para empregos ou posições...'. Já em relação à redistribuição, ela distingue-se por configurar-se em medida de justiça, a qual se constitui em argumento legal para seu pleito, tal como a jurisprudência norte-americana a consagrou.

O conceito de justiça distributiva supõe que um indivíduo ou grupo social tem direito de reivindicar certas vantagens, benefícios ou mesmo o acesso a determinadas posições, o que, na prática, implica a adoção de ações afirmativas, outorgando aos grupos marginalizados, de maneira equitativa e rigorosamente proporcional, aquilo que normalmente obteriam se fossem a todos concedidas as mesmas oportunidades.

⁵²A discriminação reversa consiste em favorecer todos aqueles que pertencem a determinada classe ou grupo social, independente de serem vítimas de discriminação.

⁵³MENEZES, Paulo Lucena. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.29.

⁵⁴ MENEZES, op. cit., p.38.

⁵⁵ Contins, Sant'Ana, 1996, p.210, apud MOEHLECKE, op. cit., p.201

É isso que falta na implementação de políticas afirmativas no Brasil, pois, como expresso linhas atrás, confundem-se aqui ações afirmativas com cotas cegas. Assim, dever-se-ia conceder ao jovem negro e pobre a igualdade de oportunidade que tem o jovem de classe média, ou seja, possibilitar que aquele tenha acesso a ensino fundamental de qualidade, e não a criação desse tipo de ingresso diferenciado no ensino superior, baseado num critério racial, o que só provocará mais conflitos sociais, criando uma divisão racial não existente no País. Proporcionar ao jovem negro e pobre uma escola pública de qualidade, assim, terá as mesmas “armas” para lutar quando do ingresso no ensino superior, dispensando assim qualquer tipo de *apartheid* educacional.

A professora, antropóloga, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Yvonne Maggie explica que é contra a proposta de cotas raciais nas universidades porque ela produz divisões perigosas:

“Essa política exige que o cidadão se defina perante o Estado segundo sua ‘raça’ ou sua origem. Sabemos que toda a vez que o Estado se imiscuiu nos assuntos de identidade dos indivíduos, obrigando-os a se definirem, o resultado foi a produção da violência.”⁵⁶

Ainda na realidade brasileira, é importante entender-se que as ações afirmativas constituem um conjunto de políticas públicas e privadas, tanto compulsórias quanto facultativas ou voluntárias, com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e outras intolerâncias correlatas, técnicas essas que não se subsumem ao sistema de cotas, ainda que com elas sempre relacionadas.

É imperioso destacar que as ações afirmativas devem-se dirigir às classes desfavorecidas, e não a determinadas pessoas, não se baseando em critérios raciais, até porque esse tipo de definição – “pela raça” – é algo que no Brasil se torna bastante difícil de ser realizado, uma vez que, em exame de DNA realizado para uma grande rede de televisão, constatou-se que no DNA de “Neginho da Beija-Flor” possui mais de 70% de genes europeus, e, no entanto, o fenótipo externado pelo voluntário é de negros.

Em outro caso recente, uma estudante que ingressou no vestibular por meio de cota racial – não obstante a ausência do fenótipo negro – por ter

⁵⁶ Cotas raciais polêmicas. Por Patrícia Costa. Disponível em: http://www.brasilmedicina.com.br/noticias/pgnoticias_det.asp?Codigo=1620&AreaSelect=1. Acesso em 14 de abril de 2009.

descendente - avós negros -, foi expulsa da Universidade após ter sido constatado que ela não era negra e como tal não tinha sofrido nenhum tipo de preconceito.

Ora, como compatibilizar essas incongruências e essas diversidades na realidade brasileira? Sem querer adentrar o mérito do próximo capítulo, mas, o projeto de lei 73/99, se tiver seu texto atual aprovado pelo Senado, provocará cada vez mais problemas no sentido de saber quais são os verdadeiros beneficiados com a reserva da metade das vagas para ingresso no ensino público superior, já que prevê como critério de identificação da raça a autodenominação.

Ademais, segundo uma interpretação sistêmica da Constituição Federal, não é possível firmar distinção entre os cidadãos, para acesso a serviços públicos, notadamente à educação, baseando-se em critérios genéticos, tal como em razão da cor, raça ou etnia, nos exatos termos do seu artigo 5º "caput", justamente porque esse *discrímen* elegido pelo legislador não guarda relação de pertinência entre o ensino superior e o fato de alguém ser negro e, por isso, tem direito a acesso diferenciado.

Embora não se ignore a necessidade de se ampliar a participação de determinados grupos sociais na educação superior, a forma de se introduzir essa participação deve atender a encaminhamento diverso, ditado pela própria Constituição. Aceita como pano de fundo dessas medidas a eliminação das desigualdades sociais, há de se ter em mente a noção de que tal preocupação também foi idealizada pelo constituinte, sem descuidar, no entanto, dos princípios igualitários e da proibição de preceitos baseados em cor ou raça.

A tanto, o artigo 3º é claro, impondo intensa coordenação entre os objetivos fundamentais da República, para que andem unidas as metas de eliminação das desigualdades sociais e proibição de preconceitos de origem, raça, sexo, cor etc. (incisos II e IV).

Da interpretação harmônica de tais objetivos republicanos exsurge a conclusão de que se deve sim buscar ações afirmativas, para eliminação das desigualdades sociais, sem, no entanto, basear-se em critérios raciais.

Portanto, as ações afirmativas devem dirigir-se às classes desfavorecidas, e não a determinadas pessoas, em função de sua cor, origem etc.

No aspecto, desnecessário é lembrar que nem todo cidadão de determinada cor ou origem é hipossuficiente ou precisa de proteção.

4 PROJETO DE LEI 73 C DE 1999

Este capítulo visa a examinar especificamente o projeto de lei epigrafado, bem como apontar as infringências constitucionais que maculam a iniciativa legislativa *sub oculi*.

Na justificativa⁵⁷ original e primeira do projeto, a deputada proponente apontava o declínio apresentado pelo ensino educacional brasileiro. Questionava a

⁵⁷ <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/getPDF.asp?t=53196> acessado em 30 de abril de 2009.

proliferação do ensino superior privado, uma vez que, para ela, consistia na mercantilização do ensino. Ainda nas suas justificativas, a deputada faz alusão à necessidade de se ter ensino fundamental e médio de qualidade. Assim, seria possível a extinção do exame vestibular. O primeiro passo para isso, segundo a deputada, seria a reserva de 50% das vagas para os alunos que seriam avaliados a partir de um coeficiente de rendimento, obtido através de média aritmética das notas obtidas no ensino médio.

O projeto original foi objeto de várias mudanças até se chegar à redação final aprovada na Câmara dos Deputados. O art. 3º do referido projeto de lei assim dispõe:

Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei 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 da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Da leitura do artigo retrocitado, podem ser extraídos pontos nevrálgicos do projeto em comento, quais sejam, as vagas reservadas aos cotistas serão preenchidas por negros, pardos e indígenas, observando-se o mínimo populacional desses grupos no Estado em que se localize a instituição de ensino, segundo dados do IBGE.

Além desse dado relevante, pode-se depreender do mencionado artigo que o critério para definição de quem é ou não beneficiado com o sistema de cotas é a autodeclaração.

Ora, dos capítulos anteriores deste ensaio, pode-se perceber que somente esse artigo padece de inconstitucionalidades que impedem o ingresso desse projeto de lei no ordenamento jurídico brasileiro.

Esse controle de constitucionalidade deveria ter sido realizado preventivamente pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, o que não aconteceu.

Atualmente⁵⁸, o projeto encontra-se pronto para inclusão na pauta na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, com a relatora senadora Serys Slhessarenko para aprovação do novo relatório. Ao final deste traba-

⁵⁸ Dado fornecido pelo sistema push de acompanhamento de matérias legislativas do Senado Federal, através de e-mail push.materias@senado.gov.br datado de 27 de abril de 2009.

lho, pretende-se remeter este estudo àquela Comissão a fim de prestar nossa contribuição aos trabalhos legislativos, aperfeiçoando o projeto de lei em trâmite perante o Senado Federal.

Inicialmente, vislumbra-se a ofensa ao princípio da igualdade. Ao prever *discrímen* favorável aos negros, pardos e índios, o projeto de lei malfere esse princípio, uma vez que substancia tratamento contrário ao postulado desse princípio.

São inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela Constituição, sendo que uma das formas de se cometer tal inconstitucionalidade é outorgando-se

(...) benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação. Neste caso, não se estendeu às pessoas ou grupos discriminados o mesmo tratamento dado aos outros. O ato é inconstitucional, sem dúvida, porque feriu o princípio da isonomia⁵⁹

E é justamente esse o caso do projeto de lei epigrafado. A questão principal é saber se existe, no caso de um tratamento desigual de situações iguais – alunos pretendentes a ingressarem no ensino público superior e técnico de nível médio – uma razão objetiva que justifique um tratamento diferenciado.

A resposta da doutrina e da jurisprudência tem sido, até agora, a de buscar no direito infraconstitucional, isto é, nos aspectos de política jurídica ou constitucional, a desejabilidade de soluções, o cálculo das consequências ou os efeitos sociais que possam fundamentar a *razoabilidade* da decisão tomada com base no senso comum ou em qualquer outra categoria objetiva.

Nesse sentido, Humberto Ávila⁶⁰ mostra um preciso magistério ao analisar o princípio da igualdade:

Vale dizer: a aplicação da igualdade depende de um *critério diferenciador* e de um *fim* a ser alcançado. Dessa constatação surge uma conclusão tão importante quanto menosprezada: fins diversos levam à utilização de critérios distintos, pela singela razão de que alguns critérios são adequados à realização de determinados fins; outros, não. Mais do que isso: fins diversos — como será demonstrado — conduzem a medidas diferentes de controle.

Ainda nessa ritmo, Bandeira de Mello⁶¹ assevera:

⁵⁹ Silva. José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 227.

⁶⁰ ÁVILA. Humberto. Estatuto do contribuinte: conteúdo e alcance. *In* Revista Diálogo Jurídico. Ano I. vol. 1, nº 03, junho de 2001. Salvador – Bahia.

⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de.,. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

Tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumprir verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional.

O ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a discriminação legal decidida em função dele.

De revés, ocorre imediata e intuitiva rejeição de validade à regra que, ao apartar situações, para fins de regulá-las diversamente, calça-se em fatores que não guardam pertinência com a desigualdade de tratamento jurídico dispensado.

Tem-se, pois, que é o vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais colecionados e a disparidade das disciplinas estabelecidas em vista deles, o *quid* determinante da validade ou invalidade de uma regra perante a isonomia.

Tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada.

Das lições dos juristas ora transcritas, podemos depreende-se que o projeto de lei em análise malfere o princípio da igualdade, uma vez que elege um critério racial como discriminante para ingresso no ensino público superior. É de se indagar aos nobres deputados que aprovaram o texto desse projeto: por que os negros devem ter tratamento diferenciado, pelo simples fatos de serem negros, no ingresso do ensino superior quando a Constituição determina que as condições de acesso e permanência à educação serão as mesmas?

No magistério da constitucionalista portuguesa Cristina M. M. Queiroz⁶², a concepção de lei limitando o legislador pelo princípio da igualdade na formulação da lei situa a relação entre Legislativo e Judiciário em termos inovadores, antes inconcebíveis. Dessa forma, foram criadas figuras como excesso de poder ou desvio de poder, conceitos esses retirados da doutrina italiana, do Direito Administrativo.

Ademais, tem-se com Roberta Fragoso Menezes Kaufmann⁶³ um conceito de ações afirmativas segundo o qual se pode dizer que

(...) se trata de instrumento temporário de política social, praticado por entidades privadas ou públicas, nos diferentes poderes e nos diversos níveis, por meio do qual se visa a integrar certo grupo de pessoas à sociedade, objetivando aumentar a participação desses indivíduos sub-representados em determinadas esferas, nas quais tradicionalmente

⁶² QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais (teoria geral)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 108-109.

⁶³ Modelo de política racial americano não serve ao Brasil. *In* Revista Consultor Jurídico, 10 de julho de 2007, disponível em http://www.conjur.com.br/2007-jul-10/modelo_politica_racial_americano_nao_serve_brasil?pagina=6. Acesso em 30 de abril de 2009.

permaneceriam alijados por razões de raça, sexo, etnia, deficiências física e mental ou classe social.

Ora, deste conceito, pode-se notar mais descumprimentos aos institutos constitucionais nesse projeto, pois, além de não ter um prazo predeterminado – repita-se, isso no texto aprovado na Câmara dos Deputados, o projeto está tramitando no Senado Federal – os negros não foram impedidos de cursar o ensino superior pelo fato de serem negros, e os que não conseguiram chegar lá foi por falta de aptidão para concorrer com os demais estudantes.

Podemos garantir, assim, que a cota prevista no projeto de lei 73 C/99 está muito distante da ação afirmativa assegurada constitucionalmente, pois não responde afirmativamente a um juízo de adequação, porque, ainda que se considere relevante o fato de que negros, pardos e índios tenham acesso diferenciado seja pela necessidade de multiculturalidade nas instituições, seja por uma dívida histórica que se teria com esses grupos, tal situação por si só não lastreia a pretensão de colocá-los em situação privilegiada em face dos demais pretendentes às instituições de ensino público superior e instituições federais de ensino técnico de nível médio.

A toda evidência, a reserva de vagas para negros, pardos e índios contraria todo o sistema constitucional de tutela à isonomia. A cota privilegia “classe”⁶⁴ de pessoas em detrimento de cidadãos que se encontram em idêntica situação jurídica, de sorte a evidenciar favor legal incompatível com a preocupação que deve nortear o Estado em assegurar o acesso à educação de todos aqueles que assim pretendam. Há, assim, flagrante ofensa ao princípio isonômico.

A realidade se impõe. Esse tipo de reserva de cotas para negros, pardos e índios em universidades nada mais é do que a expressão de puro preconceito e discriminação racial às avessas, culminando com um passo ao retrocesso e o desrespeito à dignidade humana, quando diferencia pessoas nas mesmas condições sociais.

Outrossim, como sabido, o sentido e o alcance do princípio da proporcionalidade, consoante sedimentada lição doutrinária⁶⁵ e sólido magistério da

⁶⁴ Preferimos utilizar o termo classe ao invés de raça, uma vez que o conceito de raça está ultrapassado pela ciência.

⁶⁵ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista Diálogo Jurídico, vol. I, nº 4, julho de 2001. Salvador. Disponível em http://www.direito-publico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf acesso em 04 de maio de 2009.

jurisprudência, passa a ser compreendido com base três subprincípios, ou máximas a serem colhidas do exame de constitucionalidade de qualquer limitação a direito ou garantia previsto no Texto Maior. O primeiro deles refere-se à **adequação** e exige que as medidas interventivas adotada-se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da **necessidade** ou da exigibilidade, por seu turno, significa que nenhum meio menos gravoso para o particular revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Já a **proporcionalidade em sentido estrito** reclama que um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador.

No projeto em foco, não se vislumbra proporcionalidade em sentido estrito, haja vista que o favor legal em nada se espelha na indevida intervenção legislativa na distribuição das vagas nas instituições de ensino público superior e instituições federais de ensino técnico de nível médio.

Proceder-se-á agora a uma pequena esquematização, no sistema de perguntas e respostas, nas quais buscaremos continuar demonstrando as inconstitucionalidades que marcam o projeto de lei em questão.

Inicialmente, no que concerne à verificação da própria desigualdade, questiona-se: seriam os negros, pardos e índios essencialmente diferentes dos demais pretendentes ao ingresso nas instituições de ensino público superior e instituições federais de ensino técnico de nível médio?

A segunda pergunta que se pode elaborar, uma vez superada positivamente a indagação de há pouco, é no que se refere à relevância dessa desigualdade: será a diferença essencial dos negros, pardos e índios para os demais pretendentes ao ingresso nas instituições de ensino público superior e instituições federais de ensino técnico de nível médio juridicamente relevante ao ponto de justificar o discrimen?

No terceiro questionamento, pode-se analisar os padrões de razoabilidade da desigualdade relevante.

Sabe-se que vige no ordenamento jurídico brasileiro a máxima de proibição de excesso que é dirigida ao legislador, de sorte a informar a criação legislativa que venha a tocar direitos e garantias fundamentais.

Assim, quando da elaboração desses projetos legislativos, impende observar se as disposições ali contidas sejam tanto necessárias quanto proporcionais ao fim que se colima com a previsão normativa e, em se tratando de legislação sobre direitos fundamentais, como o acesso à educação no projeto analisado, deve ser preservado o núcleo intangível dessa garantia constitucional.

Com isso, projeção do princípio da legalidade, ao menos em seu sentido material, passa a agregar o qualificativo de princípio da **reserva legal proporcional**.

É de fundamental importância que, em se tratando de ações afirmativas, haja um controle de racionalidade do *discrimen* que vem a ser um "controle interno" das escolhas legislativas no que toca à coerência e à congruência com os fins que o legislador se propõe alcançar e como "controle externo" das escolhas legislativas, tomando por parâmetro uma norma substancial.

Esse controle de congruência – "admissibilidade", "idoneidade", "necessidade" e "proporcionalidade" – pressupõe, no caso da limitação dos direitos fundamentais, como no caso do projeto de lei em questão, um controle sobre a "admissibilidade" dos fins que o legislador se propõe realizar. Este se vê obrigado a invocar agora um "interesse público" como base para a sua decisão; um controle sobre a "idoneidade" ou "adequação" em abstrato do meio utilizado limitativo do direito fundamental em face do fim que se pretende alcançar; a determinação da "necessidade" prática da limitação desse direito; e, por último, a valoração da "proporcionalidade" (em sentido estrito em) face da necessidade de um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida que há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador.

O projeto em comento, ao reservar, mediante cotas nas universidades, vagas para negros, vem na realidade tratar os negros de modo mais desigual e, por que não dizer, "desumana" possível, ofendendo ao princípio basilar do Estado Democrático de Direito, qual seja, a Dignidade da Pessoa Humana, colocando-os em situação de inferioridade vexatória, sob pretexto de estar pagando uma dívida secular com a população negra que vem sofrendo com o preconceito discriminatório ao longo da história.

Os brasileiros ainda não perceberam a gravidade futura e o retrocesso cultural que vem sendo praticado com a referida reserva de cotas para negros em universidades. É esse alerta que o presente trabalho objetiva fazer.

Aquilo por que homem negro vem lutando por décadas cai por terra se se continuar fazendo distinção entre brancos e negros, como pretende o projeto em questão, como se se pudesse, por meio da cor do indivíduo, comparar sua capacidade física, intelectual, financeira e os objetivos almejados para garantir o respeito à sua dignidade, o que já está previsto na Constituição brasileira; ou, ainda, que fosse possível, na realidade em que se vive, identificar quem realmente é ou não negro.

O critério da autodeclaração é o único aceito pela ONU, no entanto, as universidades brasileiras são pródigas em acatar tal determinação, haja vista que nas universidades que adotam o sistema de cotas há algum tempo adotam não apenas esse critério, como também reputam necessária a realização de entrevista com o candidato, onde podem ser barrados aqueles que a Comissão não achar que se ajuste ao fenótipo negro, o que produz muitas distorções no sistema.

Recentemente, uma estudante do Estado do Mato Grosso declarou-se negra e conseguiu ingressar na Universidade Federal do Mato Grosso, todavia, após uma “vistoria”, o Conselho da Universidade decidiu cancelar a matrícula da aluna, uma vez que ela não “parecia negra e, dessa forma, não seria vítima de preconceito.”

Além do caso clássico da UNB⁶⁶, no qual estudantes gêmeos foram considerados diferentes para fazer jus ou não ao ingresso no sistema de cotas, um foi beneficiado e o outro não. Em fevereiro de 2008, mais uma distorção do sistema. Duas irmãs que externavam o mesmo fenótipo também foram diferenciadas pela Comissão Organizadora do Vestibular da Universidade Federal do Maranhão. Para a UFMA, Ana Paula é considerada negra e, portanto, pode se beneficiar do acesso diferenciado, no entanto, sua irmã, Ana Caroline, não merece o mesmo tratamento. A mãe das meninas pretende acionar judicialmente a Universidade. O presidente da Comissão de Validação das Cotas para Negros, professor Carlos Benedito Rodrigues da Silva, afirmou que pode ter havido erro na hora de transcrever o resultado da entrevista dos pretendentes a entrar no sistema de cotas⁶⁷.

⁶⁶ http://veja.abril.com.br/060607/p_082.shtml acesso em 02 de maio de 2009.

⁶⁷ <http://palavrassussurradas.wordpress.com/2008/02/13/sistema-de-cotas-funciona-ou-nao/> acesso em 02 de maio de 2009.

A população brasileira é miscigenada, não é razoável, proporcional, digno auferir cientificamente quem realmente é negro, ou pardo, ou índio, até porque seria uma missão, no mínimo, árdua, uma vez que já foram realizados testes genéticos em que se identificaram, por exemplo, no DNA de Neguinho da Beija-Flor mais de 70% de composição europeia e, contraditoriamente, seu fenótipo é de negro.

Coadunando com o defendido nessa tese monográfica temos a antropóloga Yvonne Maggie⁶⁸, para quem projetos como esse são inconstitucionais, pois dividem a sociedade brasileira -- para efeito de distribuição de direitos -- em brancos e negros. Ela garante que uma frase como essa poderá assombrar no futuro

Quando se fala em 'tratar desigualmente os desiguais' o jurista está, em princípio, falando em desigualdades superáveis como aquelas que dividem pobres e ricos. Deve-se tratar desigualmente os que têm menos, os pobres, para que deixem de ser pobres. Mas a frase usada no sentido dos marcadores raciais significa perpetuar e fundar uma identidade racial que, ao contrário da pobreza, não é algo que se possa descartar depois de ter sido imposta pelo Estado. Pobres deixarão de ser pobres e esse é o objetivo do tratamento diferencial. Mas quem deixará de ser negro depois de ser obrigado a assim se definir para ser merecedor de um direito?

Ainda com Maggie, essa antropóloga considera que as políticas de cotas são um remédio errado para um diagnóstico falso. Segundo sua análise, o problema é que as universidades públicas precisam democratizar o acesso e, para isso, deve-se mudar a forma de ensinar e buscar uma educação de massa de qualidade desde o ensino básico:

A Universidade de Buenos Aires tem cerca de 300 mil estudantes. Ela sozinha atende, portanto, mais da metade do número de estudantes que estudam na totalidade das universidades públicas no Brasil. Isso é um dado que não se discute porque significa que nossas universidades públicas não querem mais alunos, não querem enfrentar a democratização do acesso.

Arremata Yvonne Maggie, argumentando que não se deve abandonar o princípio de universalidade de direitos:

Se não seguirmos uma lógica razoável de pensar e viver com base nos princípios universais não seremos uma sociedade justa e igualitária. São esses princípios que fazem com que o Brasil possa se tornar um país que ensina ao mundo que há um caminho a seguir, o caminho da democracia, da igualdade de todos diante das leis.

Além desses aspectos que concernem aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, tem-se de considerar também que a autonomia é um dos valores mais caros à comunidade universitária, e tem garantido a estabilidade institucional ante turbulências externas ao longo da história.

⁶⁸http://veja.abril.com.br/230507/p_067.shtml acesso em 02 de maio de 2009.

Sua importância exsurge de sua menção na Constituição Federal. O artigo 207 da Constituição determina que

As universidades gozam de autonomia didático- científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Tentativas de intervir sobre a autonomia e assuntos universitários tiveram consequências deletérias ao longo da história. Neste contexto, tentativas por parte do Legislativo, de impor programas de ação afirmativa ou de cotas mediante leis estaduais ou federais podem ser interpretadas como uma interferência indevida na seleção e provavelmente acarretariam consequências muito negativas na comunidade universitária.

Coadunando-se a esse posicionamento, a Associação de Reitores de Federais é contra a instituição de cotas na universidade. O presidente da entidade, Amaro Lins, disse que, por ter caráter impositivo, a medida "passa por cima" do princípio constitucional que garante autonomia às universidades. "A proposta abre espaço para que várias outras ações possam vir e por abaixo tudo o que foi construído por nossas universidades, que tem oferecido contribuição fundamental para a geração de conhecimento e para a formação de nossa juventude", argumentou.

Por motivos diferentes, o ex-presidente do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), Simon Schwartzman, também se manifestou contra a aprovação do texto. Segundo ele, o projeto beneficia um número restrito de pessoas, prejudica outras e carrega o "defeito" de não alterar o quadro de exclusão social.

"Acredito que uma política de inclusão efetiva deve se basear em critério de renda, o único que nos permite ter clareza a respeito de sua aplicação. A cota para escola pública também é discriminatória, já que muitos alunos pobres estudam em escolas privadas porque o ensino médio público é desastroso. Eles serão punidos"⁶⁹, disse.

Com base nas estatísticas de composição de raça e renda do País, Schwartzman estimou que, na hipótese mais radical, a aplicação do sistema de cotas do projeto poderá deslocar das universidades públicas 150 mil estudantes pobres, apenas porque são brancos ou passaram por escolas privadas.

Em sua opinião, a maneira correta de enfrentar o tema da inclusão é por meio da ampliação do acesso ao ensino, em todas as etapas, sem descuidar da qualidade. No caso das universidades, destacou a importância de investimentos

⁶⁹ <http://aprendiz.uol.com.br/content/mofrispest.mmp> acesso em 02 de maio de 2009.

para reverter a alta taxa de evasão e na diversificação de tipos de cursos, sem a crença ilusória de que "todo mundo vai ser doutor" ou achar que todas as instituições "vão fazer pesquisa".

A instituição de cotas é o atestado de falência governamental no que concerne à educação pública e de qualidade. Um ensino nesses termos requer investimentos vultuosos, prioridades no orçamento e certamente os resultados serão visíveis e imediatos.

As ações de governo deveriam ocorrer na forma de propostas de políticas públicas. O governo e as casas legislativas deveriam fixar metas e objetivos em termos de indicadores sociais e recompensar as universidades que as atingissem (mediante financiamentos ou benfeitorias), permitindo que cada universidade encontre uma solução de inclusão compatível com sua realidade.

Tem-se exemplos como o da Universidade de Campinas⁷⁰, onde o Conselho Universitário concluiu que cotas não seriam a melhor solução.

No mundo inteiro, a universidade funciona segundo critérios de excelência e utiliza critérios de mérito na seleção de seus estudantes, seja por meio de um conjunto de provas, como é o caso do vestibular no Brasil, seja complementando o processo com outras informações como no modelo estadunidense. Não é possível ter uma boa universidade sem um corpo discente de qualidade.

Seguindo, ainda, no exemplo da Unicamp, onde foi decidido, por meio de suas instâncias deliberativas, que o objetivo precípua da universidade é investir esforços e energia para atrair para seu quadro discente os estudantes mais talentosos do País. São eles que podem aproveitar da melhor maneira a formação proporcionada nos cursos de graduação e especialmente contribuir para a geração de conhecimento, que é parte importante da missão da Unicamp. Não é por outro motivo que o Vestibular Nacional é aplicado em vários estados. A utilização da cor da raça, como critério diferenciador para o acesso a vagas nas universidades, constitui critério de segregação racial, política essa que não é a almejada pela Universidade citada.

Entende-se que não se pode ver as pessoas, sejam elas homem ou mulher, de forma diferente, simplesmente pela cor da pele. É um lamentável retrocesso

⁷⁰ Todos os dados referentes à UNICAMP foram retirados de: TESSLER. Leandro R. Ação afirmativa sem cotas: O Programa de Ação Afirmativa e Inclusão Social da Unicamp. Disponível em <http://www.comvest.unicamp.br/paais/artigo1.pdf>. acesso em 21 de abril de 2009.

a aprovação de um projeto de lei nos moldes do texto final aprovado pela Câmara dos Deputados, depois de decorridos tantos anos da abolição da escravatura, mesmo com toda a evolução científica, tecnológica e cultural, ainda se tenham essas diferenciações no cotidiano, mesmo diante de leis que buscam constantemente socializar as pessoas de modo a respeitar o seu semelhante e a sua dignidade.

Na tentativa de sensibilizar os deputados federais e impedir a aprovação do projeto de lei objeto desta monografia, em junho de 2006, foi entregue ao então presidente da Câmara, Deputado Aldo Rebelo um manifesto assinado por 114 intelectuais, artistas e ativistas de movimentos negros contra a política de cotas para negros ingressarem nas universidades e o Estatuto da Igualdade Racial. O grupo considera que as duas medidas – em votação na Câmara – dividem o País entre brancos e negros e que esta não é a melhor forma para se resolver o problema da desigualdade racial. "Somente um serviço público de qualidade para todos pode mudar a realidade de exclusão que nós vivemos. Não é com cotas. Nós defendemos a igualdade de todos os brasileiros"⁷¹, justificou José Carlos Miranda, do Comitê por um Movimento Negro Socialista. Infelizmente não lograram êxito.

O que o homem que outrora fora escravizado busca ao longo da história de que faz parte é ser visto como um outro qualquer, em que sua dignidade possa ser respeitada desde o seu nascimento e não somente depois de ter concluído o ensino médio com muita dificuldade, isso para aqueles que conseguiram essa proeza, tenha como prêmio por toda dificuldade enfrentada a possibilidade de concorrer juntamente com outros da mesma cor, sem considerar a capacidade intelectual, ao sistema de cotas destinadas em universidades.

Chame-se atenção, desde o início deste trabalho monográfico, é para a necessidade de conscientização de todos. Não é o sistema de cotas que corrigirá ou mesmo diminuirá o preconceito da sociedade, mas, ao contrário, irá aumentarão ainda mais a discriminação por parte das pessoas e o sentimento de inferioridade dos negros que lutam constantemente pelo respeito à sua dignidade.

É, como dizia Marx, a soma de dois erros não dá um acerto, mas um erro ao quadrado. No caso específico desse projeto, alega-se a dívida histórica com os negros, pelo passado de escravidão, para cometer um novo erro de consequências nefastas, que é reservar vagas com base no critério de cor dos candidatos.

⁷¹ <http://www.pime.org.br/noticias2006/noticiasbrasil357.htm> acesso em 02 de maio de 2009.

Justamente porque as diferenças naturais e culturais entre os seres humanos são fontes de mais vida e maior enriquecimento humano, porém, é preciso lutar contra as desigualdades sociais, porque elas são fatores de enfraquecimento e, no limite, de autodestruição da sociedade.

O negro, que sempre sofreu com a discriminação racial em virtude de sua cor, não se encontra e tampouco deve ser visto em situação de desigualdade com o branco, quando a questão abordada é a capacidade intelectual, mas, em se tratando da questão social onde o nível da educação é inferior para a população carente, é aí onde se revela a desigualdade para concorrer a vagas em universidades.

É fato que a maioria das pessoas de cor negra encontra-se em situação de desigualdade quando se trata de educação. Considerando essa premissa, a questão da diferenciação é social e cultural e não pela cor da pessoa.

Ser negro não é deficiência, mas um “ser racional” igual a todos os outros, com direitos e obrigações. O fato de o homem ser negro não o diferencia dos demais que não são. Vivemos em um país onde a misturas de raças tem crescido com a própria evolução, mas a cultura das pessoas, por mais elevada que seja, não demonstra que o respeito à dignidade humana é inerente ao “ser”, seja ele quem for.

No campo das instituições, o fundamental é dirigirmos todos os esforços para a escola pública, com a cooperação dos entes federados entre si, que constrange as diferentes camadas a conviver numa fase em que a concorrência acirrada aflora essas discrepâncias dos ensinamentos fundamental e médio. É necessário, acima de tudo, revitalizar a escola pública, recriando uma situação de excelência que deve se expandir. E isso deve ser feito não só pelo apoio financeiro dos entes federados, mas também - e principalmente - pela organização do esquema institucional de docência. Também aí, não apenas sob o aspecto econômico, mas também - e sobretudo - pelo aspecto de recuperação do prestígio social⁷².

A esperança dos que são contra todas as formas de discriminação, racismo e preconceito está depositada nos senadores. De acordo com o *Jornal do Bra-*

⁷² Cf. COMPARATO. Fábio Konder. O Princípio da Igualdade e a Escola. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Texto disponível em www.iea.usp.br/artigos.

*si*⁷³, a maioria dos senadores está inclinada a votar contra o projeto de lei enviado pela Câmara dos Deputados:

Dos 24 senadores – 23 titulares mais a relatora, a suplente Serys Silhessarenko (PT-MT) – que decidirão sobre a questão, apenas três se declaram favoráveis às cotas étnicas, enquanto 11 são contra a aprovação do projeto incluindo critérios raciais. Quatro senadores ainda estão indecisos e seis não informaram o voto quando procurados por intermédio de suas assessorias. Se a reserva de vagas por critérios étnicos incomoda os parlamentares, sobretudo os da oposição, a possibilidade de se estabelecer cotas sociais conta com a simpatia da maioria.

Dos 11 contrários ao PLC, dois recusam qualquer tipo de cota e nove a defendem com base apenas em critérios sociais, como a obrigatoriedade de o aluno ter feito a educação básica em escola pública ou pertencer a família com renda mensal que não ultrapasse um salário mínimo e meio per capita.

⁷³ <http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2009/3/24/senadores-sao-contras-cotas> acesso em 02 de maio de 2009.

5 DECISÕES JUDICIAIS NACIONAIS E ESTRANGEIRAS

Inicialmente, se analisará a evolução jurisprudencial dos EEUU, posteriormente, serão pinçadas decisões tomadas na Índia e, por fim, verificar-se-ão os posicionamentos dos Tribunais Regionais Federais sobre o assunto, bem como tratar-se-á da ADIn que tramita no STF, mas que ainda não teve seu julgamento concluído em decorrência do pedido de vista do min. Joaquim Barbosa.

Desfazendo um mito, cabe ressaltar que nem sempre o voto da Suprema Corte dos EUA foi favorável a determinadas políticas de ação afirmativas, sobretudo em se tratando de cotas.

Já em 1955, notícia Mendes⁷⁴, a Corte foi levada a se manifestar no que se tornaria clássico o caso de *Brown v. Board of Education of Topeka*. Nessa oportunidade, a Suprema Corte reiterou a inconstitucionalidade da discriminação racial nas escolas públicas, determinando-se que as leis federais, estaduais e municipais fossem ajustadas a essa orientação.

Segundo Cruz, é mais simples para a Corte reconhecer a legitimidade de programas afirmativos em favor de mulheres, portadores de deficiência e idosos do que em favor de negros ou homossexuais⁷⁵. Tal fato indica que a trajetória da Suprema Corte no tratamento das ações afirmativas é rigorosa, examinando sempre sua pertinência no caso concreto, chegando mesmo a considerar inconstitucionais algumas políticas, ainda que benéficas a negros, como reservas de vagas em universidades, conforme julgamento de 1978⁷⁶.

Nos Estados Unidos, há batalhas legais na Suprema Corte desde o caso Bakke de 1978. Nesse caso, *Regents of the University of Califórnia vs. Bakke*, a Suprema Corte estabeleceu a distinção entre cotas (*quotes*) e alvos (*target*).

Cooter traz um exemplo que ilustra bem essa distinção, vejamos:

(...) se uma faculdade de medicina pretende que 20 por cento de seus estudantes sejam afro-descendentes, esse é o "alvo" que se quer alcançar. Todavia, se é escolhida uma "cota" de 20% para alcançar este objetivo, a cota

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Ob. Cit. p. 1194

⁷⁵ Cruz, Op.cit., p.197

⁷⁶ Para uma análise dos vários casos julgados pela Suprema Corte, ver Cruz, op. Cit, pp203-212.

é inconstitucional, vez que esse meio não leva, necessariamente, à reversão da discriminação⁷⁷.

Eis o que se passou naquele *leading case* de 1978. No caso *Bakke*, um engenheiro de 37 anos resolveu se inscrever para o curso de Medicina em diversas universidades, não tendo sido admitido a nenhuma delas. Uma das que rejeitaram o pedido de admissão de Allan Bakke foi a Universidade da Califórnia, na qual havia um programa de ação afirmativa que destinava 16 das 100 vagas para grupos minoritários, ao passo que as restantes 84 vagas eram disputadas por todos os candidatos, estivessem ou não no grupo discriminado.

Bakke propôs ação judicial contra a Universidade da Califórnia para questionar o programa de ação afirmativa. Na primeira instância, entendeu-se que, embora o programa efetivamente violasse a 14ª Emenda Constitucional, não poderia dar provimento ao pedido de Bakke, haja vista não ter sido demonstrado que, caso não houvesse o programa de ação afirmativa, ele teria sido aprovado. Inconformado, Bakke recorreu para a Suprema Corte do Estado da Califórnia, que reformou a decisão para deferir o pedido de admissão do postulante àquela Universidade. A Universidade da Califórnia recorreu para a Suprema Corte dos Estados Unidos, que decidiu pela inconstitucionalidade daquele programa de ação afirmativa e pela admissão de Bakke ao curso de Medicina, vedando o uso de ações afirmativas que fixassem uma cota para os candidatos das minorias. Em outras palavras, a decisão autorizou a adoção de programas de ação afirmativa, *desde que a raça não fosse o único critério de seleção*.

Na época, a Suprema Corte dividiu-se ao meio e essa decisão final foi ambígua, admitindo apenas que se levasse em consideração a raça no processo de seleção, sem falar em cotas.

Em 1996, a política de ação afirmativa da Universidade do Texas foi condenada pela Corte de Apelação, revertendo a decisão do caso Bakke.

Em junho de 2003, a Suprema Corte julgou duas ações propostas contra a Universidade de Michigan em razão de programas de ação afirmativa adotados por aquela instituição. Seguindo o voto de Sandra O'Connor, a Corte decidiu que *"para cultivar um grupo de líderes com legitimidade aos olhos da cidadania é necessário que o caminho à liderança seja visivelmente aberto aos indivíduos*

⁷⁷ COOTER, Robert D. *The Strategic Constitution*. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 336.

talentosos e qualificados, de todas as raças e etnias"; ou seja, apenas reforçou o princípio da igual oportunidade segundo os méritos individuais. Em outros trechos do voto, nota-se, em linhas gerais, a manutenção da linha decisória do caso Bakke, segundo o qual a política de admissão de candidatos única e exclusivamente em virtude de sua raça é discriminatória: *"A política de atribuir pontos a cada candidato de minoria por causa de sua raça não satisfaz o interesse de uma diversidade educacional"*. Cumpre ainda lembrar o voto do juiz Clarence Thomas, único membro negro da Suprema Corte norte-americana (que votou pela inconstitucionalidade dos programas de ação afirmativa da Universidade de Michigan): *"O que eu peço para o negro não é benevolência, nem pena ou simpatia, mas simplesmente justiça. Acredito que os negros podem subir na vida americana sem ajuda dos administradores de universidades"*⁷⁸.

Atualmente, a adoção de ações afirmativas vem se enfraquecendo nos Estados Unidos, principalmente no atual contexto de crise econômica.

No governo George W. Bush, notou-se uma limitação desse tipo de política. No Judiciário, elegeu-se o exame judicial rigoroso no que tange às medidas positivas. A sociedade, por sua vez, vem dando demonstrações cada vez mais frequentes de que não está mais suportando a política de benefícios para determinados grupos, observando-as com aversão.

A conclusão sobre o assunto, todavia, ainda está longe de acontecer e se revela, quando muito, apenas mais um capítulo na luta pela democracia racial estadunidense.

Em 2007, a Suprema Corte dos Estados Unidos barrou os chamados programas de ação afirmativa, que garantem cotas para crianças negras nas instituições ianques de ensino público. A decisão da Corte aconteceu depois que pais de alunos de Seattle e Louisville contestaram as leis que regiam as matrículas de alunos nas escolas primárias e secundárias. A ação afirmativa é correspondente ao sistema de cotas raciais adotado por algumas universidades brasileiras, que reservam uma porcentagem de suas vagas para negros.

Para o presidente da Corte, John Roberts, as escolas não podem usar somente a diferença racial para atingir o objetivo de equiparar de oportunidades de

⁷⁸ Sobre a política de cota de negros no sistema de acesso ao ensino superior. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5810>, acesso em 02 de maio de 2009.

ensino entre todos. Roberts defende o argumento de que outros aspectos, como demografia, talentos e necessidades particulares, devem ser levados em conta na hora da classificação dos alunos participantes do programa de cotas das escolas. A decisão da Corte vai ao encontro do pensamento dos pais de alunos brancos que reclamam que os critérios são injustos e discriminatórios com as crianças brancas.

Em 2003, a Corte havia autorizado as universidades a considerar a raça como um dos critérios para admissão dos estudantes, desde que esta não fosse uma espécie de reserva de vagas. As universidades teriam que adotar outros elementos para favorecer a diversidade em seu recrutamento. A decisão, porém, foi derrubada pouco depois, por essa mesma Corte, depois que uma juíza centrista deixou o cargo e foi substituída por um colega conservador.

A Índia também é um excelente exemplo de como o entendimento jurisprudencial evolui com a sociedade. A Suprema Corte da Índia é um fórum com uma vasta jurisdição geral sem paralelo. Não é uma corte constitucional, embora boa parte de sua atividade se relacione com questões que dizem respeito ao cumprimento dos direitos fundamentais.

O direito estabelecido pela Corte é declarado vinculativo e deve ser seguido por todos os tribunais do País e, por implicação necessária, por todos os cidadãos e agentes estatais. Além disso, não somente todas as autoridades estatais estão obrigadas a ajudar na aplicação das decisões judiciais da Suprema Corte, como esta tem o poder de fazer “justiça completa”, um reservatório incrível de poder judiciário pleno que tem sido utilizado amplamente nas duas últimas décadas. A revogação, pelo Legislativo, de decisões da Suprema Corte ocorre, mas é incomum; porém, um dispositivo extraordinário chamado *9º Apêndice* é invocado desde a adoção da Constituição para imunizar do vírus da revisão judicial as disposições nela expressas, mesmo quando *ex facie* as leis nela inscritas violem os direitos fundamentais. Em decisão recente, a Suprema Corte assumiu poderes de controle constitucional sobre a validade de leis assim imunizadas.

Em 2007, a Suprema Corte Indiana vetou cotas para as castas baixas. A Corte Suprema Indiana rejeitou os pedidos do Governo e proibiu definitivamente a aplicação, já naquele ano, de um plano para reservar metade das vagas nas universidades às classes desfavorecidas e castas baixas. "Não vamos suspender

nossa sentença anterior", anunciou o painel de cinco juízes do Supremo, segundo a agência indiana "PTI".

Para entender melhor o caso. O Executivo liderado pelo Partido do Congresso aprovou uma lei que reservava 27% das vagas nos principais centros universitários públicos às "classes desfavorecidas". Essa nova cota se somaria à reserva de 22,5% que a Constituição de 1950 exige para membros das castas mais baixas e populações tribais. A norma valeria para o âmbito universitário e também para a Administração e as empresas públicas indianas.

O Supremo Indiano, no entanto, vetou a lei no fim de março de 2007 e exigiu que o Governo apresentasse novos dados demográficos, já que a norma se baseava em dados do censo de 1931. O Governo recorreu da sentença, mas o Supremo rejeitou os argumentos do primeiro-ministro Manmohan Singh.

Na última tentativa de abrir o ano acadêmico com a lei em vigor, o Governo indiano pediu ao elevado Tribunal que permitisse a aplicação cautelar enquanto buscava novos dados. O Supremo, no entanto, rejeitou o pedido.

Interessante é anotar que o atual presidente da Suprema Corte Indiana é negro, *dahilit*, e é contra esse tipo de cotas.

A realidade jurídica brasileira é tervigersante sobre o assunto, seja pela novidade do assunto, seja pelas implicações sociais e políticas que decisões contrárias às cotas possam acarretar.

Chegam ao Judiciário brasileiro questionamentos por parte de estudantes que perderam a vaga na Universidade, embora tenham obtido notas mais altas do que os chamados cotistas.

No Brasil, as políticas afirmativas serão ineditamente julgadas pelo STF, em virtude de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Confenen (Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino), que tem por objeto a lei estadual do Rio de Janeiro que fixa o sistema de cotas para afrodescendentes em Universidades públicas (UERJ – Universidade Estadual do Rio de Janeiro e UENF – Universidade Estadual do Norte Fluminense). De igual modo, a decisão do STF, na medida em que terá alcance geral, obrigatório e vinculante, exercerá impacto no destino e futuro das ações afirmativas na experiência brasileira.

Trata-se da ADIn 3330, que tem por objeto alguns dispositivos da Medida Provisória nº 213/04, já convertida na Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Medida provisória que “*institui o Programa Universidade para Todos – PROUNI, regula a atuação de entidades de assistência social no ensino superior, e dá outras providências*”.

Alegam os acionantes que referida MP foi editada à mingua dos pressupostos constitucionais da *urgência* e da *relevância* (art. 62). Bem assim, que a União carece de competência legislativa para dispor sobre educação mediante normas específicas e que, em alguns de seus dispositivos, o ato legislativo em causa dispõe sobre matéria reservada à lei complementar. Mais ainda, arguem os autores que os textos normativos sob censura desrespeitaram os princípios da legalidade, da isonomia, da autonomia universitária, do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas.

Essa ADI já tem o voto⁷⁹ do min. Carlos Brito, que julgou improcedente a ação. A decisão desse julgamento pode indicar um possível posicionamento dos ministros numa eventual ação direta de inconstitucionalidade que venha a ser proposta contra o projeto de lei em análise, caso seja convertido em lei.

Podemos também observar o posicionamento do STF em outros casos, como no que não se obrigou suposto pai a se submeter ao exame de DNA, por considerar haver afronta à dignidade da pessoa humana⁸⁰, na declaração de inconstitucionalidade da lei que previa a obrigatoriedade de pesagem de botijão a gás à vista do consumidor, por considerar haver um ônus excessivo aos comerciantes do produto⁸¹.

Em todos esses casos, existia um fim objetivamente determinável (prestação jurisdicional, proteção do consumidor e custo do serviço judiciário) e o meio escolhido para sua realização (determinação de perícia, utilização de balança ou instituição de taxa) foi considerado desproporcional, ou porque implicava a não-realização de outros princípios (dignidade pessoal, livre exercício de atividade econômica ou universalidade da justiça), sendo por isso excessivo, ou porque também era considerada desnecessária (utilização da balança, p. ex.).

⁷⁹ Cf. voto na íntegra no anexo 1.

⁸⁰ Habeas Corpus nº 76060-SC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 15.05.98, p. 44.

⁸¹ Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 855-2, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJU 01.10.93.

Esse posicionamento pode ser adotado num eventual questionamento do projeto de lei em questão. Há um fim objetivamente determinável, qual seja, o aumento do número de negros, pardos e índios no ensino superior, no entanto, o meio escolhido para tal é altamente desproporcional.

No âmbito do juizado de primeira instância, no primeiro exame vestibular com o regime de cotas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) mais de 200 mandados de segurança com pedidos de liminares - além de uma ação civil pública - foram impetrados na Justiça estadual por candidatos que se sentiram prejudicados pelo sistema.

Em 2005, juízes de Curitiba⁸² proferiram decisões divergentes nas contestações de vestibulandos da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Valendo-se do princípio da isonomia, o juiz substituto da 7ª Vara de Curitiba concedeu liminar a um estudante reprovado no exame vestibular e que alegou haver obtido a pontuação necessária, mas precisou ceder seu lugar a um cotista. Meses antes, o juiz da 4ª Vara negou uma liminar a uma candidata que ingressou com uma ação na Justiça pelo mesmo motivo.

Em meados de 2006, a Terceira Turma do TRF da 5ª Região, instada a se manifestar em sede de agravo de instrumento (processo nº 200505000122841) considerou ilegal a instituição de cotas raciais neste momento jurídico que se vive, uma vez que esse tipo de instituição de reserva de vagas baseada em critérios raciais não possui amparo legal, tampouco constitucional. Segue a ementa:

Acordão	Origem: TRIBUNAL - QUINTA REGIAO Classe: AG - Agravo de Instrumento - 61893 Processo: 200505000122841 UF: AL Órgão Julgador: Terceira Turma Data da decisão: 24/08/2006 Documento: TRF500123454
Fonte	DJ - Data::25/09/2006 - Página::746 - Nº::184
Relator(a)	Desembargador Federal Paulo Gadelha
Decisão	UNÂNIME
Ementa	AGRAVO DE INSTRUMENTO. UFAL. RESERVA DE COTAS RACIAIS NAS UNIVERSIDADES. ANTEPROJETO DE LEI EM TRAMITAÇÃO NOS ÓRGÃOS LEGIFERANTES. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. A AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA NÃO SE SOPREPÕE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 1. A reserva de cotas raciais , no momento, não tem amparo legal, nem constitucional, existindo, tão-somente, projeto de lei em tramitação e ampla discussão social sobre o tema.

⁸²<http://memorialeliagonzalez.blog.terra.com.br/2007/09/21/regime-de-cotas-em-universidades-enfrenta-oposicao/> acesso em 02 de maio de 2009.

	<p>2. A aprovação de projeto de lei relativo à reserva de cotas raciais nas universidades brasileiras, se ocorrer, não afastará o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis pelo julgador.</p> <p>3. A implementação prévia, por parte de universidades brasileiras, de medidas relativas à reserva de cotas raciais, constitui procedimento contrário ao princípio da legalidade.</p> <p>4. Agravo de instrumento provido e agravo regimental prejudicado.</p>
Data Publicação	25/09/2006

A juíza federal substituta Givanna Mayer julgou procedente pedido formulado por uma aluna que foi reprovada no exame vestibular para o curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, em decorrência da instituição do sistema de cotas naquela instituição. Traz-se à colação um trecho da decisão da MM juíza:

A questão trazida nos autos não é apenas jurídica, mas também sociológica e histórica. Além disso, revela um problema social. Histórica, porque é reflexo de vários erros cometidos pelos governantes no passado. O primeiro deles foi permitir a escravatura e aboli-la apenas recentemente. O segundo, foi simplesmente acabar com o regime escravocrata sem qualquer política para reinserção do negro em sociedade. A população negra, por mais de um século, esteve à mercê de sua própria sorte, sem qualquer política de integração. O terceiro, foi ignorar qualquer tentativa de diminuição das desigualdades sociais. Hoje, os pobres e negros pagam um preço muito alto pelos erros cometidos pela elite nos séculos passados. Sociológica, porque o brasileiro é fruto de uma miscigenação de raças sem precedente na história mundial. Uma pessoa pode ter o sangue de várias etnias: alemã, italiana, espanhola, indígena e negra. Isso é o povo brasileiro! Então, aqueles mesmos negros que ficaram desamparados misturaram-se com os demais imigrantes ou com indígenas. Assim, a identidade negra no Brasil é de difícil constatação. Somente recentemente é que se pôde constatar a existência do movimento afro-descendente no Brasil. Talvez porque no Brasil todos somos um pouco negros. A questão das cotas também revela um problema social, pois expõe a tensão que existe entre elite e oprimidos em nosso País. Os oprimidos dificilmente conseguirão inverter a sua situação se continuarem a ouvir que não podem frequentar a universidade pública porque não são capacitados para tanto. Vão continuar a levar a mesma vida que seus ascendentes tiveram. Se fosse realizado um levantamento em uma turma de Direito da UFPR egressa antes da adoção da política de cotas, poder-se-ia constatar que a quase totalidade dos alunos é branca e oriundas de escolas particulares. Os poucos provenientes de escolas públicas estudaram em instituições reconhecidas por sua excelência, como o CEFET e o Colégio Estadual do Paraná.⁸³

Agora, se colhe recente manifestação da Quarta Turma do TRF da 4ª Região, que em análise de mérito de apelação e remessa necessária, decidiu peremptoriamente a Quarta Turma no sentido de que as cotas raciais não encontram agasalho constitucional, *verbis*:

⁸³http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=jfpr&documento=2207283&DocComposto=26530&Sequencia=22&hash=dce92c4d1ee993ee8b2aefc84b8c7fce acesso em 02 de maio de 2009.

Acordão	Origem: TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO Classe: APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Processo: 200872000003444 UF: SC Órgão Julgador: QUARTA TURMA Data da decisão: 17/12/2008 Documento: TRF400174693
Fonte	D.E. 12/01/2009
Relator(a)	MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA
Ementa	ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. VESTIBULAR. COTAS RACIAIS E SOCIAIS. VAGAS. As ações afirmativas devem dirigir-se às classes desfavorecidas, e não a determinadas pessoas, não se baseando em critérios raciais . Quanto ao acesso ao ensino superior, razoável unicamente a distinção que vise privilegiar o acesso das classes menos favorecidas, aí compreendidos, com razoabilidade, os cidadãos que freqüentaram escolas públicas. Se o Edital do Vestibular prevê a reserva de vagas aos candidatos autodeclarados negros dentre aquelas reservadas aos alunos egressos dos sistema público de ensino, o afastamento das "quotas raciais " não implica alteração na classificação do candidato inscrito pelo sistema universal de ingresso. Se o impetrante foi beneficiado por medida liminar, não é razoável a sua exclusão do curso após quase dois semestres letivos, aplicando-se, excepcionalmente, o entendimento acerca da ocorrência do "fato consumado", quando não há prova de que o seu ingresso no curso tenha implicado prejuízo à instituição de ensino ou aos demais alunos.
Data Publicação	12/01/2009

Das decisões aqui citadas pode-se notar que a Justiça dos EEUU é a que tem posicionamentos mais consistentes sobre a instituição de cotas, mormente pela ampla experiência que aquele País possui nesse campo.

O Brasil ainda inicia suas políticas de ações afirmativas. Justamente por isso tem-se posicionamentos tão discrepantes, seja no âmbito de juízes de 1º grau, seja nas turmas dos tribunais. Resta esperar os debates a serem realizados na Suprema Corte, tão logo volte à pauta o julgamento da ADI 3330.

6 CONCLUSÃO

O Projeto de lei nº 73C, de 1999, caso seja aprovado no Senado Federal nos moldes do texto aprovado na Câmara dos Deputados, representará uma verdadeira excrescência no sistema educacional superior do País.

Criar-se-á um verdadeiro *apartheid* de diplomas universitários no País. Instituir outra desigualdade ajuda a eliminar a anterior? Não se estaria incitando ao racismo e à discriminação aqueles futuros profissionais que ingressaram na Universidade por intermédio das propaladas cotas?

A porcentagem fixada no texto aprovado na Câmara dos Deputados é demasiado elevada. Reservar metade das vagas de cada curso, em cada turno, para os beneficiados pelas cotas, seria impor aos estudantes excluídos desse sistema uma concorrência ainda mais acirrada, cruel e desumana com os adolescentes.

A situação criada com as cotas é basicamente a seguinte: metade da sala é advinda de escola particular, submetida a um exame vestibular difícilíssimo, com uma concorrência nas alturas e ali estão os melhores dos melhores. A outra metade é advinda de escola pública, negros em sua maioria, que não tiveram acesso a um ensino fundamental de qualidade, ensino médio idem, e só estão ali por um favor governamental e muitos desses são analfabetos funcionais e não se submeteram ao exame vestibular, pois foram levadas em consideração as notas obtidas no ensino médio.

É importante indagar como o professor, em sala de aula, irá se portar. Irá diminuir o nível de suas aulas para não prejudicar aqueles que sequer entendem o que leem ou simplesmente irá os ignorar, nivelando por cima sua turma e ministrando aulas para os que entendem?

Serão formados os profissionais das cotas. Está criada a mais nova forma de discriminação no País. Mais uma vez, os mais prejudicados serão os negros. A cor da pele criará a presunção tácita de que aquele profissional – médico, advogado, engenheiro, contador etc – é um profissional que entrou na Universidade pelo sistema de cotas e sabe-se-lá como conseguiu se formar, pois possui deficiências não decorrentes de sua cor, mas sim de uma escola pública mal gerenciada, com professores incompetentes, e estrutura defasada. Alguém, podendo optar, escolherá

contratar um profissional branco ou o negro, cuja cor da pele denunciaria o beneficio estatal com que fora agraciado?

Não se constrói uma casa começando pelo telhado. Não se elimina a discriminação, que ainda existe, e esse projeto de lei esdrúxulo corrobora e incentiva a discriminação racial, criando uma discriminação maior ainda. A solução para a ausência de condições de competir dos alunos oriundos de escola pública é começar do alicerce, da base, na educação infantil, perpassando o ensino médio, garantindo a esse aluno uma escola estruturada, que funcione nos moldes das melhores escolas do mundo, com profissionais respeitados, que cumpram seu papel.

Não adianta jogar os alunos de escolas públicas nas cadeiras da faculdade sem que eles tenham o mínimo de conhecimentos gerais para acompanhar o resto da turma. Esse projeto de lei, por afrontar o Texto Constitucional, deve ser expurgado do ordenamento jurídico antes mesmo de seu ingresso.

O Governo Federal deveria fazer parcerias com os governos municipais e estaduais para auxiliá-los nas melhorias que precisam ser feitas nas escolas de ensino fundamental e médio.

Negros, pardos e índios são capazes de se impor como profissionais qualificados e respeitados na sociedade pela competência que cada um tem, não precisam de benefícios como não se submeter ao exame vestibular ou ter vagas garantidas na Universidade PÚBLICA. Para isso, é necessário apenas que lhes deem condições de competição igualitária com os alunos de escola particular, portanto, a política educacional deve ser aquela de base, de dar estrutura e não começar pelo fim.

Como já exposto, não se constrói uma casa começando pelo telhado.

REFERÊNCIAS

Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 855-2, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJU 01.10.93.

ARAÚJO, CLARA. **Potencialidades e limites da política de cotas no Brasil**. http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2001000100014. Disponível em: www.oasis.ibict.br, acesso em 27 de março de 2009.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004, op. cit., p.107. *apud* SOUSA, Oziel Francisco De., ob. Cit.

ÁVILA, Humberto. **Estatuto do contribuinte: conteúdo e alcance**. In Revista Diálogo Jurídico. Ano I. vol. 1, nº 03, junho de 2001. Salvador – Bahia.

_____. **A Distinção entre Princípios e Regras e a redefinição do dever de Proporcionalidade**. Revista Diálogo Jurídico, vol. I, nº 4, julho de 2001. Salvador. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf acesso em 04 de maio de 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Princípio da Isonomia: desequiparações proibidas e permitidas**. Revista Trimestral de Direito Público, nº 1, p. 79.

_____. **Conteúdo jurídico do principio da igualdade**. 3.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

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

BRASIL, Constituição Federal. 1934.

BRASIL, Constituição Federal. 1988.

COMPARATO. Fábio Konder. **O Princípio da Igualdade e a Escola**. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Texto disponível em www.iea.usp.br/artigos, acesso em 21 de março de 2009.

_____. **Direito Público: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 59.

COOTER, Robert D. **The Strategic Constitution**. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 336

COSTA, Patrícia. **Cotas raciais polêmicas**. Disponível em: http://www.brasilmedicina.com.br/noticias/pgnoticias_det.asp?Codigo=1620&AreaSelect=1. Acesso em 14 de abril de 2009.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, *in* http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm, acesso em 10 de abril de 2009.

DA SILVA, Graziella Moraes Dias. **Ações afirmativas no Brasil e na África do Sul.** Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ts/v18n2/a07v18n2.pdf>, acesso em 13 de abril de 2009.

DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da igualdade no direito do trabalho:** sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho. Coimbra: Almedina, 1999. *Apud* SOUSA, Oziel Francisco De., ob. Cit.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Estatuto da Cidade Comentado**, 2ª edição, Ed. Revista dos Tribunais.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **AÇÃO AFIRMATIVA & PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE: O Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA.** Rio de Janeiro – RJ: Renovar, 2001.

_____. e SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas Da. **As Ações Afirmativas e os Processos de Promoção da Igualdade Efetiva.** Série Cadernos do CEJ, 24. Seminário Internacional – As Minorias e o Direito.

GRIN, Mônica. Esse ainda objeto de desejo: Políticas de ações afirmativas e ajustes normativos – o seminário de Brasília. *Revistas Novos Estudos*, Brasília, nº 59, p.172, mar.2001.

Habeas Corpus ° 76060-SC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 15.05.98, p. 44.

HERINGER, Rosana (Org.). **Desigualdades raciais e ação afirmativa no Brasil: reflexões a partir da experiência dos EUA.** In: _____. A cor da desigualdade: desigualdades raciais no mercado de trabalho e ação afirmativa no Brasil. Rio de Janeiro: IERÊ/UFRJ, 1999, p.51-52.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução de Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, p. 136-137. *Apud* SCHNEIDER, Yuri. *A (in) efetividade dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito: as ações afirmativas como consectárias da busca eficaz do princípio constitucional da igualdade.* Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp030330.pdf>. acesso em 27 de março de 2009.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitución.** 4ª Ed. Madrid, Tecnos, 1988, p. 288-289.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p.229.

MENEZES, Paulo Lucena. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norteamericano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.29

PECES-BARBA Martinez Gregório. **Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General**. p. 79-81.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. **Cadernos de Pesquisa – FCC**, São Paulo, n.1, fasc. 117, p.204, nov. 2002 (quadrimestral)

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18ed. – São Paulo: Atlas, 2005.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais (teoria geral)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 108-109.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**. São Paulo: RT, 2002. p.22.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 33, n.131, jul./set. 1996.

SANTOS, Sales Augusto dos. **Ação Afirmativa e mérito individual**. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Org.). *Ações afirmativas: Políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p.96.

SANTOS, Hélio et al. **Políticas públicas para a população negra no Brasil. Relatório da ONU**, 1999. p.222.

SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 3ª ed. rev. E ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004. (págs. 68 e 69)

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.113.

SILVA. José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 227

SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. **Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira**. Brasília, Brasília Jurídica, 2005.

SOUSA, Oziel Francisco De. **As ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material.** Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp009449.pdf>. acesso em 27 de março de 2009.

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

TESSLER, Leandro R. **Ação afirmativa sem cotas: O Programa de Ação Afirmativa e Inclusão Social da Unicamp.** Disponível em <http://www.comvest.unicamp.br/paais/artigo1.pdf>. acesso em 21 de abril de 2009.

VILLAS BÔAS, Renata M. Ações afirmativas. Revista Consulex, n.163, p.29, 31 out. 2003. **Os direitos humanos e a tributação – Imunidades e Isonomia.** Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 129, *apud* Ana Paula de Barcellos, Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Renovar, nº 221, 2000, p. 181.

<http://www.dol.gov/esa/ofccp/> acesso em 11 de abril de 2009.

<http://www.schwartzman.org.br/sitesimon/?p=160&lang=pt-br>. Acesso em 11 de abril de 2009.

<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/getPDF.asp?t=53196> acessado em 30 de abril de 2009.

Modelo de política racial americano não serve ao Brasil. In Revista Consultor Jurídico, 10 de julho de 2007, disponível em http://www.conjur.com.br/2007-jul-10/modelo_politica_racial_americano_nao_serve_brasil?pagina=6. Acesso em 30 de abril de 2009.

http://veja.abril.com.br/060607/p_082.shtml acesso em 02 de maio de 2009.

<http://palavrassussurradas.wordpress.com/2008/02/13/sistema-de-cotas-funciona-ou-nao/> acesso em 02 de maio de 2009.

http://veja.abril.com.br/230507/p_067.shtml acesso em 02 de maio de 2009.

<http://aprendiz.uol.com.br/content/mofrispest.mmp> acesso em 02 de maio de 2009.

<http://www.pime.org.br/noticias2006/noticiasbrasil357.htm> acesso em 02 de maio de 2009.

<http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2009/3/24/senadores-sao-contra-cotas> acesso em 02 de maio de 2009.

Sobre a política de cota de negros no sistema de acesso ao ensino superior.
Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5810>, acesso em 02 de maio de 2009.

<http://memorialeliagonzalez.blog.terra.com.br/2007/09/21/regime-de-cotas-em-universidades-enfrenta-oposicao/> acesso em 02 de maio de 2009.

http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=jfpr&documento=2207283&DocComposto=26530&Sequencia=22&hash=dce92c4d1ee993ee8b2aefc84b8c7fce acesso em 02 de maio de 2009.

ANEXO 1 – Voto Min. Carlos Brito na ADIn 3330 (fonte: www.conectas.org/stfemfoco/anexo/read/acoes/153/441 acesso em 26 de maio de 2009.)

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.330-1 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (Relator)

Senhora Presidente, inicio o meu voto com o juízo de que a **FENAFISCO** não detém legitimidade para deflagrar o processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Isto porque, embora o inciso IX do art. 103 da Constituição Federal haja atribuído legitimidade ativa *ad causam* às entidades sindicais, restringiu essa prerrogativa processual às confederações sindicais; que não é o caso da Autora.

A esse respeito, a jurisprudência deste STF é firme no sentido de que, “(...) **no âmbito das entidades sindicais, a questionada legitimação é privativa das confederações**”. (v.g., ADIn 4.064-MC, Celso de Mello, ADIn 398, 01.02.91, Sanches, RTJ 135/495; ADIn 17, 11.03.91, Sanches, RTJ 135/853; ADIn 360, 21.09.90, Moreira, RTJ 144/703; ADIn 488, 26.04.91, Gallotti, RTJ 146/42; ADIn 526, 16.10.91, RTJ 145/101; ADIn 689, 29.03.92, Néri, RTJ 143/831; ADIn 599, 24.10.91, Néri, RTJ 144/434; ADIn 772, 11.09.92, Moreira, RTJ 147/79; ADIn 164, 08.09.93, Moreira, RTJ 139/396; ADIn 935, 15.09.93, Sanches, RTJ 149/439; ADIn 166, 05.09.96, Galvão, DJ 18.10.96; ADIn 1795, 19.03.98, Moreira, DJ 30.4.98; AgADIn 1785, 08.06.98, Jobim, 7.8.98).

Esse o quadro, dou pela ilegitimidade da FENAFISCO, pelo que não conheço da ADI 3.379. Todavia, atento à representatividade da postulante, defiro a sua participação no presente feito na condição de *amicus curiae*.

Por outra volta, adiro à decisão proferida na ADI 3.289, no sentido de que a conversão de medida provisória em lei prejudica o debate jurisdicional sobre o atendimento dos pressupostos de admissibilidade desse espécime de ato da ordem legislativa. Assim me pronuncio porque o instituto da medida provisória faz parte do “*processo legislativo*” (inciso V do art. 60 da Lei Republicana); e como em tudo o mais que faz parte do processo legislativo federal, *quem dá a última palavra*, em termos de opção política, é o Congresso Nacional. Seja para dizer quando uma proposta de ato legislativo se faz oportuna, ou conveniente, seja para dizer quando o conteúdo de tal proposta atende aos interesses e valores da sociedade (respeitados, obviamente, os comandos constitucionais).

Mais exatamente, a conversão de medida provisória em lei significa uma absorção de conteúdo: o conteúdo daquela específica medida provisória que, ao ver do Congresso Nacional, é dotada de mérito suficiente para se tornar uma nova lei. Mas uma absorção de conteúdo que já pressupõe um juízo afirmativo quanto à conveniência e/ou oportunidade do que foi, afinal, aprovado. E é nesse juízo afirmativo que se dá a própria chancela do originário juízo de urgência e relevância com que trabalhou o Presidente da República.

É claro que o exame parlamentar quanto ao mérito de uma dada medida provisória pode até não sobrevir. Basta que os fatos a ela subjacentes não sejam reputados como de urgência e relevância (não uma coisa ou outra, alternativamente, mas uma coisa e outra, concomitantemente). A questão preliminar a impedir a

análise da questão de fundo, a teor do § 5º do art. 62 da Constituição. Mas aprovada que seja a medida quanto ao seu conteúdo, aí o que já se tem é um referendo que tudo incorpora: questão preliminar de urgência e relevância e mais o inteiro mérito do ato referendado⁸⁴. Pelo que já não cabe sindicá-lo, na presente ADIN, a constitucionalidade dos pressupostos de edição de uma medida provisória afinal convertida em lei formal do Congresso Nacional.

Muito bem. Ultrapassada essa questão preliminar, começo por dizer que a Lei Republicana tem a **educação** em elevadíssimo apreço. Dela trata, inicialmente, no seu art. 6º, para erigi-la à condição de direito social. Já no inciso V do seu art. 23, a Lei Federativo- Republicana trata de densificar esse direito, ao estabelecer que é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proporcionar *“os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência”*.

Donde a competência legislativa concorrente sobre a matéria, a teor do inciso IX do artigo constitucional de nº 24. Isto de parilha com a competência legislativa da União para dispor, privativamente, sobre *“diretrizes e bases da educação nacional”* (inciso XXIV do art. 22 da CF).

Esse desvelo para com a **educação** é tanto que o Magno Texto dela também cuida em capítulo próprio, no Título devotado à toda a Ordem Social (Capítulo III do Título VIII). E o faz para dizer que *“a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”* (art. 205). Passando a explicitar que: a) o dever do Estado para com ela, educação, é de ser efetivado mediante a garantia de:

“Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

“(…)

I - ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde”.

(CF/88, art. 208)

Pois bem, da conexão de todos os dispositivos constitucionais até agora citados avulta a compreensão de que a educação, notadamente a escolar ou formal, é direito social que a todos deve alcançar. Por isso mesmo, dever do Estado e uma de suas políticas públicas de primeiríssima prioridade. Mas uma política pública necessariamente imbricada com ações da sociedade civil, pois o fato é que também da Constituição figuram normas que: a) impõem às famílias deveres para

⁸⁴ A não ser - de logo esclareço - nas hipóteses descritas pelo § 10 do art. 62 da Magna Carta Federal, proibitivo da “reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo” (hipóteses a que se incorpora a revogação de medida provisória no curso de uma mesma sessão legislativa, conforme decidido pelo STF na ADI-MC 3.964/DF, de que fui relator).

com ela, educação (*caput* do art. 205); b) fazem do ensino uma atividade franqueada à iniciativa privada, desde que atendidas as condições de “*cumprimento das normas gerais da educação nacional*”, mais a “*autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público*” (art. 209, coerentemente, aliás, com o princípio igualmente constitucional da “*coexistência de instituições públicas e privadas de ensino*”); c) ainda admitem a prestação do ensino por “*escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei*”, mediante o preenchimento de requisitos também expressamente indicados (incisos I e II do art. 213).

Ora bem, diante desse conjunto normativoconstitucional que impõe ao Estado e à sociedade uma atuação rigorosamente concertada ou solidária, a postura interpretativa que me parece cabível é saber se o diploma normativo posto em xeque atuou ou não atuou nos marcos da liderança que à União patentemente incumbe exercer na matéria. A resposta, em linha de princípio, me parece afirmativa. Quero dizer: numa primeira aproximação cognitiva da matéria, o ato normativo de cuja validade se questiona bem posicionou a União Federal nos temas centrais a que se refere a própria ementa dela mesma, Medida Provisória nº 213/04. São eles: a) o facilitado acesso de estudantes economicamente débeis ao ensino universitário; b) a atuação de entidades de assistência social no ensino superior.

Em consideração, todavia, à natureza mesma da ação constitucional *sub judice*, passemos ao enfrentamento de cada qual dos fundamentos com que se aparelhou a petição de ingresso. Fundamentos aqui reproduzidos segundo a ordem em que foram esgrimidos.

O que se alega, inicialmente, é que os arts. 10 e 11 da Lei nº 11.096/05 ofendem o inciso II do art. 146 e o § 7º do art. 195 da Lei Maior. Isto porque, ao ampliar o conceito de “*entidade beneficente de assistência social*”, tais dispositivos legais criaram condições para que várias instituições gozassem de desoneração fiscal.

Benefício, esse, que operaria como uma verdadeira limitação ao poder estatal de tributar, e, por isso mesmo, submetido à ressalva de lei complementar.

Não é bem assim. Veja-se que a própria Constituição Federal, ao descrever certas hipóteses de imunidade tributária, assentou que:

“Art. 195 (...)

§ 7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.”

É exatamente aí, nesse § 7º do art. 195, que o termo “*isenção*” outra coisa não traduz senão imunidade tributária. E o fato é que essa espécie de desoneração fiscal tem como destinatárias as entidades beneficentes de assistência social **que satisfaçam os requisitos estabelecidos em lei**. Logo, o discurso normativo-constitucional foi que instituiu um novo óbice ao poder estatal de tributar as pessoas jurídico-privadas a que se referiu, embora transferindo para a lei – e lei ordinária, enfatize-se – a tarefa de indicar os pressupostos de gozo do favor fiscal. Não o favor em si.

Sobre esse tema, leciona Sacha Calmon Navarro Coelho que “... *toda restrição ou contrição ou vedação ao poder de tributar das pessoas políticas com habitat constitucional traduz imunidade, nunca isenção, sempre veiculável por lei infraconstitucional*” (in Curso de Direito Tributário Brasileiro, 3ª edição, Ed. Forense, 1999, p. 147/1478).

Em palavras outras, não foi a lei requestada pelo § 7º do art. 195 do Magno Texto Federal que, no tema, ficou autorizada a limitar o poder estatal de

imposição tributária. O que à lei se conferiu foi a força de aportar consigo as regras de configuração de determinadas entidades privadas como de beneficência no campo da assistência social, para, e só então, fazerem jus a uma desoneração antecipadamente criada. Antecipadamente criada pela Constituição e, nessa medida, consubstanciadora de imunidade. A despeito do nome “isenção”, utilizado por rematada atecnia.

A autora ainda argúi que os dispositivos legais em causa não se limitam a estabelecer requisitos para o gozo da referida imunidade. Eles desvirtuam o próprio conceito constitucional de “*entidade beneficente de assistência social*”. Assertiva que não me parece procedente. Isso porque a elaboração do conceito dogmático há de se lastrear na própria normatividade constitucional. Normatividade que tem as “*entidades beneficentes de assistência social*” como instituições privadas que se somam ao Estado para o desempenho de atividades tanto de inclusão e promoção social quanto de integração comunitária. Tudo muito bem resumido neste emblemático artigo constitucional de nº 203, *literis*:

“Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. (original sem destaques)

Esta a principal razão pela qual a Lei Federativo-Republicana, ao se referir às entidades de beneficência social que atuam especificamente na área de educação, designou-as por “*escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas*” (art. 213, *caput*). Donde a decisão proferida no RMS 22.192, da relatoria do Ministro Celso de Mello, aclarando que a entidade do tipo beneficente de assistência social a que alude o § 7º do art. 195 da Constituição abarca a de assistência educacional. Também assim o RMS 22.360, da relatoria do Ministro Ilmar Galvão, conforme se vê da seguinte ementa:

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO DENEGATORIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. IMUNIDADE. ENTIDADE FILANTRÓPICA. LEI N. 3.577/54. DECRETO-LEI N. 1.572/77. Dada a condição de entidade beneficente de assistência social, reconhecida de utilidade pública federal em data anterior à edição do Decreto-Lei n. 1.572/77, a recorrente teve preservada a sua situação isencional relativamente à quota patronal da contribuição previdenciária. Aplicação da tese acolhida pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no RMS 22.192-9, Relator Ministro CELSO DE MELLO. Recurso provido. Segurança concedida.”

Nesse fluxo de idéias é que se inscreve o art. 10 da Lei nº 11.096/05, assim redigido:

“Art. 10. A instituição de ensino superior, ainda que atue no ensino básico ou em área distinta da educação, somente poderá ser considerada entidade beneficente

de assistência social se oferecer, no mínimo, 1 (uma) bolsa de estudo integral para estudante de curso de graduação ou seqüencial de formação específica, sem diploma de curso superior, enquadrado no § 1º do art. 1º desta Lei, para cada 9 (nove) estudantes pagantes de cursos de graduação ou seqüencial de formação específica regulares da instituição, matriculados em cursos efetivamente instalados, e atender às demais exigências legais.

§ 1º A instituição de que trata o caput deste artigo deverá aplicar anualmente, em gratuidade, pelo menos 20% (vinte por cento) da receita bruta proveniente da venda de serviços, acrescida da receita decorrente de aplicações financeiras, de locação de bens, de venda de bens não integrantes do ativo imobilizado e de doações particulares, respeitadas, quando couber, as normas que disciplinam a atuação das entidades beneficentes de assistência social na área da saúde.

§ 2º Para o cumprimento do que dispõe o § 1º deste artigo, serão contabilizadas, além das bolsas integrais de que trata o caput deste artigo, as bolsas parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento)

para estudante enquadrado no § 2º do art. 1º desta Lei e a assistência social em programas não decorrentes de obrigações curriculares de ensino e pesquisa.

§ 3º Aplica-se o disposto no caput deste artigo às turmas iniciais de cada curso e turno efetivamente instalados a partir do 1º (primeiro) processo seletivo posterior à publicação desta Lei.

§ 4º Assim que atingida a proporção estabelecida no caput deste artigo para o conjunto dos estudantes de cursos de graduação e seqüencial de formação específica da instituição, sempre que a evasão dos estudantes beneficiados apresentar discrepância em relação à evasão dos demais estudantes matriculados, a

instituição, a cada processo seletivo, oferecerá bolsas de estudo integrais na proporção necessária para restabelecer aquela proporção.

§ 5º É permitida a permuta de bolsas entre cursos e turnos, restrita a 1/5 (um quinto) das bolsas oferecidas para cada curso e cada turno”.

Enfim, e para que não se confunda o campo de legítimo uso da lei ordinária com aquel'outro reservado à lei complementar, trago à ribalta a seguinte passagem do voto que proferiu o Ministro Sepúlveda Pertence na ADI 1.802:

“(…)

Em síntese, o precedente reduz a reserva de lei complementar da regra constitucional ao que diga respeito **‘aos lindes das imunidades’**, à demarcação do objeto material da vedação constitucional de tributar – o patrimônio, a renda e os serviços das instituições por ela beneficiados, o que inclui, por força do § 3º, do mesmo art. 150, CF, sua relação **‘com as finalidades essenciais das entidades nele mencionadas’**; mas remete à lei ordinária **‘as normas reguladoras da constituição e funcionamento da entidade imune’**, voltadas a obviar que **‘falsas instituições de assistência e educação sejam favorecidas pela imunidade’**, em fraude à Constituição. (…)”

Vê-se, portanto, que o modelo normativo aqui impugnado não laborou no campo material reservado à lei complementar. Isto porque, a meu ver, ele tratou, tão somente, de erigir um critério objetivo de contabilidade compensatória da aplicação financeira em gratuidade por parte das instituições educacionais. Critério, esse, que, se atendido, possibilita o gozo integral da isenção quanto aos impostos e contribuições mencionados no art. 8º do texto impugnado. É o que bem captou o Advogado-Geral da União, verbis:

“(…) a imunidade estampada no art. 150, VI, ‘c’, da Constituição Federal, apenas é direcionada às instituições consideradas beneficentes, assim

mesmo restrita aos impostos sobre patrimônio, renda e serviços, não o fazendo quanto aos demais tributos, como as contribuições previdenciárias que o questionado art. 8º isenta” (...)

*Ademais, a adesão ao PROUNI está facultada às universidades privadas de ensino em geral, **beneficentes ou não**. Visa estimular a adesão destas ao programa, instituindo a isenção do imposto de renda e de algumas contribuições sociais. A norma foi dirigida, logicamente, às instituições não imunes. (...)*”

Tudo isso posto, passo a examinar a alegação de que o art. 2º da Lei nº 11.096/05 viola o *caput* e os incisos I e LIV do art. 5º da Constituição Federal. Fazendo-o, ainda uma vez entendo desassistir razão à autora. Explico.

O substantivo “igualdade”, mesmo significando qualidade das coisas iguais (e, portanto, qualidade das coisas idênticas, indiferenciadas, colocadas no mesmo plano ou situadas no mesmo nível de importância), **é valor que tem no combate aos fatores de desigualdade o seu modo próprio de realização**. Quero dizer: não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade.

Com efeito, é pelo combate eficaz às situações de desigualdade que se concretiza, em regra, o valor da igualdade (valor positivo, aqui, valor negativo ou *desvalor*, ali). Isto porque no ponto de partida das investigações metódicas sobre as coisas ditas humanas, ou seja, até onde chegam as lentes investigativas dos politicólogos, historiadores e sociólogos acerca das institucionalizadas relações do gênero humano, o que se comprova é um estilo de vida já identificado pela tarja das desigualdades (culturais, políticas, econômicas e sociais). O desigual a servir como empírico portal da investigação científica e, daí, como desafio de sua eliminação pelas normas jurídicas.

É o que também sucede com o tempo histórico de elaboração dos diplomas constitucionais originários. Ali na própria *linha de largada* da convocação de uma nova assembléia nacional constituinte, o que se tem? A premente necessidade de saneamento daquela genérica situação de desigualdades para cujo enfrentamento a Constituição vencida se revelou tão incapaz a ponto de ver esclerosadas as instituições nascidas sob o seu arcabouço ou *guardachuva* normativo. Não sendo por outra razão que a nossa Constituição mesma (a de 1988) já coloca entre os objetivos fundamentais da República Federativa “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*” (inciso III do art. 3º). Discurso que é retomado em outras passagens dela própria, Constituição, como o dispositivo que inscreve nas competências materiais comuns à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “*combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores **desfavorecidos***” (negritos à parte, em ambas as transcrições).

Ora bem, que é o desfavorecido senão o desigual *por baixo*? E quando esse tipo de desigualdade se generaliza e perdura o suficiente para se fazer de traço cultural de um povo, é dizer, quando a desigualdade se torna uma característica das relações sociais de base, uma verdadeira práxis, aí os segmentos humanos tidos por inferiores passam a experimentar um perturbador sentimento de baixa auto-estima. Com seus deletérios efeitos na concretização dos valores humanistas que a Magna Lei brasileira bem sintetizou no objetivo fundamental de “*construir uma sociedade justa, livre e solidária*” (inciso I do art. 3º). Pois como negar o fato de que o desigual por baixo, assim *macrodimensionado* e renitente, se configure como um fator de grave desequilíbrio social? A condenar inteiros setores populacionais a uma

tão injusta quanto humilhante exclusão dos benefícios da própria vida humana em comum?

Acontece que a imperiosa luta contra as relações desiguais muito raro se dá pela via do descenso ou do rebaixamento puro e simples dos sujeitos favorecidos (personifiquemos as coisas, doravante). Geralmente se verifica é pela ascensão das pessoas até então sob a hegemonia de outras. Que para tal viagem de verticalidade são **compensadas** com esse ou aquele fator de supremacia formal. É o que sucede, por exemplo, com a categoria profissional dos empregados, a receber do art. 7º da Constituição um rol de direitos subjetivos frente aos respectivos empregadores, a fim de que tal superioridade jurídica venha a compensar, de alguma forma, a inferioridade econômica e social de que eles, empregados, reconhecidamente padecem. Diga-se o mesmo dos dispositivos constitucionais que favorecem as mulheres com uma licença-gestação de maior durabilidade que a outorgada a título de licença-paternidade (inciso XVIII do art. 7º) e com a redução em 5 anos da idade cronológica e do tempo de contribuição previdenciária de que elas precisam para o gozo das respectivas aposentadorias (alínea a do inciso III do § 1º do art. 40, combinadamente com os incisos I e II do § 7º do art. 201). Tudo nos combinados pressupostos de que a mulher sofre de percalços biológicos não experimentados pelo homem e que mesmo a sociedade ocidental de que o

Brasil faz parte ainda se caracteriza por uma cultura machista ou da espécie patriarcal (predomínio dos valores do homem). Também assim a regra de tombamento de *“todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”* (§ 5º do art. 216), a significar uma enfática proclamação de que o componente negro do sangue brasileiro, sobre estar reforçadamente a salvo de discriminação (inciso IV do art. 3º, combinado com o inciso XLII do art. 5º), é motivo de orgulho nacional e permanente exaltação. Uma espécie de pagamento (ainda que tardio e insuficiente) da dívida fraternal que o País contraiu com os brasileiros afro-descendentes, nos ignominiosos séculos da escravidão negra.

Numa frase, não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade. A superioridade jurídica bem pode ser a própria condição lógica da quebra de iníquas hegemonias política, social, econômica e cultural. Um mecanismo jurídico de se colocar a sociedade nos eixos de uma genérica horizontalidade como postura de vida cidadã (o cidadão, ao contrário do súdito, é um igual). Modo estratégico, por consequência, de conceber e praticar uma superior forma de convivência humana, sendo que tal superioridade de vida coletiva é tanto mais possível quanto baseada em relações horizontais de base. Que são as relações definidoras do perfil democrático de todo um povo.

Essa possibilidade de o Direito legislado usar a concessão de vantagens a alguém como uma técnica de compensação de anteriores e persistentes desvantagens factuais não é mesmo de se estranhar, porque o típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para *contrabater* renitentes desigualações. É como dizer: a lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social. O que ela (a lei) não pode é incidir no “preconceito” ou fazer “discriminações”, que nesse preciso sentido é que se deve interpretar o comando constitucional de que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. O vocábulo “distinção” a significar *discriminação* (que é proibida), e não enquanto simples diferenciação (que é inerente às determinações legais).

Renovando o juízo: ali onde houver uma tradição de concórdia, entendimento, harmonia, horizontalidade, enfim, como forma usual de se entretecer relações sociais, a coletividade *passa ao largo* do desequilíbrio como estilo de vida e não tem por que lançar mão do seu poder legiferante de índole reparadora ou compensatória. Ao contrário, onde houver um estado de coisas que se tipifique por uma prolongada discórdia, um duradouro desentendimento, uma renitente desarmonia, uma submissão de segmentos humanos a iníquas ou humilhantes relações de autoridade ou de crasso preconceito, aí os desequilíbrios societários se aguçam e o saque da lei como instrumento de correção de rumos se faz imperioso. E como os fatores de desequilíbrio social têm nas mencionadas situações de desigualdade um tradicional componente, fica evidente que a fórmula pela qual a lei tem que operar é a diferenciação entre partes.

É neste passo que se põe o delicado problema de saber que fatores de diferenciação compensatória a lei pode validamente erigir, tendo em vista que a nossa Constituição não os menciona. Não aponta os elementos de “discrímén” ou os dados de diferenciação de que a lei pode fazer uso. Apenas se refere àqueles de que o legislador não pode *lançar mão*.

Com efeito, o Magno Texto Republicano se limita a dizer, no tema, que um dos objetivos centrais do Estado brasileiro é “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (inciso IV do art. 3º). Falando com isso que a procedência geográfica de alguém, assim como a raça, o sexo, a cor e a idade de quem quer que seja **nada disso pode servir, sozinho, como desprimoroso parâmetro de aferição da valiosidade social do ser humano**.

Nem da valiosidade social nem do caráter das pessoas, pois os dados a que se reporta o art. 3º da Constituição decorrem todos de uma simples obra do acaso. São fatores de acidente, e não de essência.

Daqui resulta o óbvio: nem aqueles referidos fatores de acidente na vida de uma pessoa (a cor da pele, a procedência geográfica, o sexo, etc.) nem qualquer outro que também se revele como imperscrutável obra do acaso podem se prestar como isolado e detrimetoso critério legal de desigualação, porque tal diferenciação implicará “preconceito” ou “discriminação”. Já no tocante a outros fatores não-exatamente derivados *das tramas do acaso*, mas a fatores histórico-culturais, aí não vemos outra saída que não seja a aplicação daquele cânone da Teoria Constitucional que reconhece a toda Constituição rígida o atributo da unidade material. Da congruente substancialidade dos seus comandos. Logo, somente é de ser reputado como válido o critério legal de diferenciação que siga na mesma direção axiológica da Constituição. Que seja

uma confirmação ou uma lógica derivação das linhas mestras da *Lex Máxima*, que não pode conviver com antinomias normativas dentro de si mesma nem no interior do Ordenamento por ela fundado. E o fato é que toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, **como, *verbi gratia*, o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social.**

Nessa vertente de idéias, anoto que a desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de uma *descrímén* que acompanha a *toada* da compensação de uma anterior e factual inferioridade. Isso, lógico, debaixo do

primacial juízo de que a desejada igualdade entre partes é quase sempre obtida pelo *gerenciamento* do entrechoque de desigualdades (uma factual e outra jurídica, esta última a contrabalançar o peso da primeira). Com o que se homenageia a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Ruy Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, sim, porém na medida em que se igualem; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem.

No ponto, é de se trazer à tona uma parte das informações prestadas às fls. 382, versada nos seguintes termos:

(...)

*A arguição é certamente mais tendenciosa do que é possível vislumbrar de imediato. Como é absolutamente óbvio, o Programa só faz sentido porque tem um público alvo social e economicamente focado: estudantes com renda familiar per capita de até um salário mínimo e meio para bolsas integrais e de até três salários mínimos para bolsas parciais. O fato de o PROUNI prever bolsas parciais não implica, lógica e necessariamente, que os beneficiários possam ter sido bolsistas parciais no ensino médio. A isonomia a ser considerada **não** é a da relação entre bolsistas parciais do ensino médio e superior, paralelamente à relação entre bolsistas integrais no ensino médio e superior, **pois a matrícula no ensino superior não reflete a conclusão do ensino médio**. Nesse raciocínio, a Autora fratura o público alvo do PROUNI, qual seja, a imensa população de estudantes de baixa renda, divididos em duas classes de renda familiar. A suposição de que o corpo discente que conclui o ensino médio é equiparável ao corpo discente que chega ao ensino superior é absolutamente falsa – caso contrário, o PROUNI seria desnecessário.*

(...)

*A determinação de que o estudante da rede privada a ser beneficiado pelo PROUNI tenha cursado ensino médio completo na condição de bolsista não é fortuita nem inexplicável; justifica-se precisamente como **garantia da isonomia** interna do Programa, para manter a homogeneidade de seu público alvo. Pressupor, como faz a Autora, que alunos de baixa renda selecionados conforme critérios socioeconômicos e raciais têm, por isso, 'menor qualificação' que os demais cidadãos brasileiros é que configura autêntica discriminação, em frontal ofensa ao art. 3º, incisos III e IV, e ao art. 5º da Carta Constitucional. Ora, as escolas privadas do ensino médio também oferecem descontos de pontualidade e bolsas para os melhores classificados em processos de seleção semelhantes aos vestibulares (os hoje tão difundidos 'vestibulinhos'). Assim, não há falar em bolsas propriamente ditas, mas apenas em descontos conferidos não em função da renda, mas em função da competição por alunos propensos à aprovação em vestibulares de universidades públicas – um investimento em marketing, basicamente. Isso não é, em absoluto, assistência social beneficente.*

(...)"

Prossigo neste voto para também inacolher a tese de que o art. 7º da Lei nº 11.096/05 tisa o princípio constitucional da autonomia universitária. Assim discordo porque o PROUNI é, salientemente, um programa de ações afirmativas, que se operacionaliza mediante concessão de bolsas a alunos de baixa renda e diminuto grau de patrimonilização. Mas um programa concebido para operar por ato de adesão ou participação absolutamente voluntária.

Incompatível, portanto, com qualquer idéia de vinculação forçada. E precisamente um programa de adesão ou vinculabilidade espontânea por efeito

mesmo daquele princípio da autonomia universitária que é, repise-se, de estatura constitucional (art. 207, CF).

Noutro giro, não me impressiona o argumento da autora que tem por suporte o princípio da livre iniciativa, devido a que esse princípio já nasce relativizado pela Constituição mesma. Daí o art. 170 estabelecer que *“a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)”*. Aspecto que não passou despercebido ao Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, consoante os seguintes dizeres do seu parecer:

*“(...) a liberdade de iniciativa assegurada pela Constituição de 1988 pode ser caracterizada como uma liberdade pública, sujeita aos limites impostos pela atividade normativa e reguladora do Estado, que se justifique 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. Não viola, pois, o princípio da livre iniciativa, a lei que regula e impõe condicionamentos ao setor privado, mormente quando tais condicionamentos expressam, correta e claramente, então conferindo concretude a objetivo fundante da República Federativa do Brasil, qual seja:
I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; (art. 3º).
(...)”*

Não é tudo. Quanto ao artigo 9º da lei em causa, a autora invoca o inciso XXXIX do art. 5º da Constituição, segundo o qual *“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”*. No caso, porém, cumpre reconhecer que, nem de longe, a matéria versada no precitado art. 9º é de natureza penal, motivo pelo qual já se verifica o total descabimento da tese autoral.

“Art. 9º O descumprimento das obrigações assumidas no termo de adesão sujeita a instituição às seguintes penalidades:

I - restabelecimento do número de bolsas a serem oferecidas gratuitamente, que será determinado, a cada processo seletivo, sempre que a instituição descumprir o percentual estabelecido no art. 5º desta Lei e que deverá ser suficiente para manter o percentual nele estabelecido, com acréscimo de 1/5 (um quinto);

II - desvinculação do Prouni, determinada em caso de reincidência, na hipótese de falta grave, conforme dispuser o regulamento, sem prejuízo para os estudantes beneficiados e sem ônus para o Poder Público.

§ 1º As penas previstas no caput deste artigo serão aplicadas pelo Ministério da Educação, nos termos do disposto em regulamento, após a instauração de procedimento administrativo, assegurado o contraditório e direito de defesa.

§ 2º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, a suspensão da isenção dos impostos e contribuições de que trata o art. 8º desta Lei terá como termo inicial a data de ocorrência da falta que deu causa à desvinculação do Prouni, aplicando-se o disposto nos arts. 32 e 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, no que couber.

§ 3º As penas previstas no caput deste artigo não poderão ser aplicadas quando o descumprimento das obrigações assumidas se der em face de razões a que a instituição não deu causa.”

Ainda que assim não fosse, é de se ver que o art. 9º diz expressamente quais as únicas sanções aplicáveis aos casos de descumprimento das obrigações, assumidas pelos estabelecimentos de ensino superior, após a assinatura do termo de adesão ao programa. Sancionamento a cargo do Ministério da Educação, a quem também incumbe o controle e gerenciamento do programa, pois se trata de matéria essencialmente administrativa.

Acresce que o ensino é livre à iniciativa privada, certo, mas sob duas condições constitucionais: autorização para funcionamento e avaliação de qualidade pelo Poder Público. Sendo que o art. 9º da Lei foi de tal modo cuidadoso que fez questão de condicionar eventual apenamento a abertura de processo administrativo, com total observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Por tudo quanto posto, Senhora Presidente, e por não enxergar nos textos impugnados nenhuma ofensa à Constituição, julgo **improcedente** o pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei nº. 11.096/05.

É como voto.

ANEXO 2 - Executive Order nº 10.925

Establishing The President'S Committee On Equal Employment Opportunity
WHEREAS discrimination because of race, creed, color, or national origin is contrary to the Constitutional principles and policies of the United States; and 13 CFR 1960 Supp.

WHEREAS it is the plain and positive obligation of the United States Government to promote and ensure equal opportunity for all qualified persons, without regard to race, creed, color, or national origin, employed or seeking employment with the Federal Government and on government contracts; and

WHEREAS it is the policy of the executive branch of the Government to encourage by positive measures equal opportunity for all qualified persons within the Government; and

WHEREAS it is in the general interest and welfare of the United States to promote its economy, security, and national defense through the most efficient and effective utilization of all available manpower; and

WHEREAS a review and analysis of existing Executive orders, practices, and government agency procedures relating to government employment and compliance with existing non-discrimination contract provisions reveal an urgent need for expansion and strengthening of efforts to promote full equality of employment opportunity; and

WHEREAS a single governmental committee should be charged with responsibility for accomplishing these objectives:

NOW, THEREFORE, by virtue of the authority vested in me as President of the United States by the Constitution and statutes of the United States, it is ordered as follows:

PART I-ESTABLISHMENT OF THE PRESIDENT'S COMMITTEE ON EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY

SECTION 101. There is hereby established the President's Committee on Equal Employment Opportunity.

SEC. 102. The Committee shall be composed as follows:

(a) The Vice President of the United States, who is hereby designated Chairman of the Committee and who shall preside at meetings of the Committee.

(b) The Secretary of Labor, who is hereby designated Vice Chairman of the Committee and who shall act as Chairman in the absence of the Chairman. The Vice Chairman shall have general supervision and direction of the work of the Committee and of the execution and implementation of the policies and purposes of this order.

(c) The Chairman of the Atomic Energy Commission, the Secretary of Commerce, the Attorney General, the Secretary of Defense, the Secretaries of the Army, Navy and Air Force, the Administrator of General Services, the Chairman of the Civil Service Commission, and the Administrator of the National Aeronautics and Space Administration. Each such member may designate an alternate to represent him in his absence.

(d) Such other members as the President may from time to time appoint.

(e) An Executive Vice Chairman, designated by the President, who shall be ex officio a member of the Committee. The Executive Vice Chairman shall assist the Chairman, the Vice Chairman and the Committee. Between meetings of the Committee he shall be primarily responsible for carrying out the functions of the Committee and may act for the Committee pursuant to its rules, delegations and other directives.

Final action in individual cases or classes of cases may be taken and final orders may be entered on behalf of the Committee by the Executive Vice Chairman when the Committee so authorizes.

SEC. 103. The Committee shall meet upon the call of the Chairman and at such other times as may be provided by its rules and regulations. It shall (a) consider and adopt rules and regulations to govern its proceedings; (b) provide generally for the procedures and policies to implement this order; (c) consider reports as to progress under this order; (d) consider and act, where necessary or appropriate, upon matters which may be presented to it by any of its members; and (e) make such reports to the President as he may require or the Committee shall deem appropriate. Such reports shall be made at least once annually and shall include specific references to the actions taken and results achieved by each department and agency. The Chairman may appoint subcommittees to make special studies on a continuing basis.

PART II-NONDISCRIMINATION IN GOVERNMENT EMPLOYMENT

SECTION 201. The President's Committee on Equal Employment Opportunity established by this order is directed immediately to scrutinize and study employment practices of the Government of the United States, and to consider and recommend additional affirmative steps which should be taken by executive departments and agencies to realize more fully the national policy of nondiscrimination within the executive branch of the Government.

SEC. 202. All executive departments and agencies are directed to initiate forthwith studies of current government employment practices within their responsibility. The studies shall be in such form as the Committee may prescribe and shall include statistics on current employment patterns, a review of current procedures, and the recommendation of positive measures for the elimination of any discrimination, direct or indirect, which now exists. Reports and recommendations shall be submitted to the Executive Vice Chairman of the Committee no later than sixty days from the effective date of this order, and the Committee, after considering such reports and recommendations, shall report to the President on the current situation and recommend positive measures to accomplish the objectives of this order.

SEC. 203. The policy expressed in Executive Order No. 10590 of January 18, 1955 (20 F.R. 409) with respect to the exclusion and prohibition of discrimination against any employee or applicant for employment in the Federal Government because of race, color, religion, or national origin is hereby reaffirmed.

SEC. 204. The President's Committee on Government Employment Policy, established by Executive Order No. 10590 of January 18, 1955 (20 F.R. 409), as amended by Executive Order No. 10722 on August 5, 1957 (22 F.R. 6287), is hereby abolished, and the powers, functions, and duties of that Committee are hereby transferred to, and henceforth shall be vested in, and exercised by, the President's Committee on Equal Employment Opportunity in addition to the powers conferred by this order.

PART III-OBLIGATIONS OF GOVERNMENT CONTRACTORS AND SUB-CONTRACTORS

SUBPART A-CONTRACTORS' AGREEMENTS

SECTION 301. Except in contracts exempted in accordance with section 303 of this order, all government contracting agencies shall include in every government contract hereafter entered into the following provisions:

"In connection with the performance of work under this contract, the contractor agrees as follows:

"(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. Such action shall include, but not be limited to, the following: employment, upgrading, demotion or transfer; recruitment or recruitment advertising; layoff or termination; rates of pay or other forms of compensation; and selection for training, including apprenticeship. The contractor agrees to post in conspicuous places, available to employees and applicants for employment, notices to be provided by the contracting officer setting forth the provisions of this nondiscrimination clause.

"(2) The contractor will, in all solicitations or advertisements for employees placed by or on behalf of the contractor, state that all qualified applicants will receive consideration for employment without regard to race, creed, color, or national origin.

"(3) The contractor will send to each labor union or representative of workers with which he has a collective bargaining agreement or other contract or understanding, a notice, to be provided by the agency contracting officer, advising the said labor union or workers' representative of the contractor's commitments under this section, and shall post copies of the notice in conspicuous places available to employees and applicants for employment.

"(4) The contractor will comply with all provisions of Executive Order No. 10925 of March 6, 1961, and of the rules, regulations, and relevant orders of the President's Committee on Equal Employment Opportunity created thereby.

"(5) The contractor will furnish all information and reports required by Executive Order No. 10925 of March 6, 1961, and by the rules, regulations, and orders of the said Committee, or pursuant thereto, and will permit access to his books, records, and accounts by the contracting agency and the Committee for purposes of investigation to ascertain compliance with such rules, regulations, and orders.

"(6) In the event of the contractor's non-compliance with the nondiscrimination clauses of this contract or with any of the said rules, regulations, or orders, this contract may be cancelled in whole or in part and the contractor may be declared ineligible for further government contracts in accordance with procedures authorized in Executive Order No. 10925 of March 6, 1961, and such other sanctions may be imposed and remedies invoked as provided in the said Executive order or by rule, regulation, or order of the President's Committee on Equal Employment Opportunity, or as otherwise provided by law.

"(7) The contractor will include the provisions of the foregoing paragraphs (1) through (6) in every subcontract or purchase order unless exempted by rules, regulations, or orders of the President's Committee on Equal Employment Opportunity issued pursuant to section 303 of Executive Order No. 10925 of March 6, 1961, so that such provisions will be binding upon each subcontractor or vendor. The contractor will take such action with respect to any subcontract or purchase order as the contracting agency may direct as a means of enforcing such provisions, including sanctions for noncompliance: Provided, however, that in the event the contractor becomes involved in, or is threatened with, litigation with a subcontractor or vendor as a result of such direction by the contracting agency, the contractor may request the United States to enter into such litigation to protect the interests of the United States."

SEC. 302. (a) Each contractor having a contract containing the provisions prescribed in section 301 shall file, and shall cause each of its subcontractors to file Compliance Reports with the contracting agency, which will be subject to review by the Committee upon its request. Compliance Reports shall be filed within such times

and shall contain such information as to the practices, policies, programs, and employment statistics of the contractor and each subcontractor, and shall be in such form, as the Committee may prescribe.

(b) Bidders or prospective contractors or subcontractors may be required to state whether they have participated in any previous contract subject to the provisions of this order, and in that event to submit, on behalf of themselves and their proposed subcontractors, Compliance Reports prior to or as an initial part of their bid or negotiation of a contract.

(c) Whenever the contractor or subcontractor has a collective bargaining agreement or other contract or understanding with a labor union or other representative of workers, the Compliance Report shall include such information as to the labor union's or other representative's practices and policies affecting compliance as the Committee may prescribe: Provided, that to the extent such information is within the exclusive possession of a labor union or other workers' representative and the labor union or representative shall refuse to furnish such information to the contractor, the contractor shall so certify to the contracting agency as part of its Compliance Report and shall set forth what efforts he has made to obtain such information.

(d) The Committee may direct that any bidder or prospective contractor or subcontractor shall submit, as part of his Compliance Report, a statement in writing, signed by an authorized officer or agent of any labor union or other workers' representative with which the bidder or prospective contractor deals, together with supporting information, to the effect that the said labor union's or representative's practices and policies do not discriminate on the grounds of race, color, creed, or national origin, and that the labor union or representative either will affirmatively cooperate, within the limits of his legal and contractual authority, in the implementation of the policy and provisions of this order or that it consents and agrees that recruitment, employment, and the terms and conditions of employment under the proposed contract shall be in accordance with the purposes and provisions of the order. In the event that the union or representative shall refuse to execute such a statement, the Compliance Report shall so certify and set forth what efforts have been made to secure such a statement.

SEC. 303. The Committee may, when it deems that special circumstances in the national interest so require, exempt a contracting agency from the requirement of including the provisions of section 301 of this order in any specific contract, subcontract, or purchase order. The Committee may, by rule or regulation, also exempt certain classes of contracts, subcontracts, or purchase orders (a) where work is to be or has been performed outside the United States and no recruitment of workers within the limits of the United States is involved; (b) for standard commercial supplies or raw materials; or (c) involving less than specified amounts of money or specified numbers of workers.

SUBPART B-LABOR UNIONS AND REPRESENTATIVES OF WORKERS

SEC. 304. The Committee shall use its best efforts, directly and through contracting agencies, contractors, state and local officials and public and private agencies, and all other available instrumentalities, to cause any labor union, recruiting agency or other representative of workers who is or may be engaged in work under Government contracts to cooperate with, and to comply in the implementation of, the purposes of this order. SEC. 305. The Committee may, to effectuate the purposes of section 304 of this order, hold hearings, public or private, with respect to the practices and policies of any such labor organization. It shall from time to time submit special reports to the President concerning discriminatory practices and policies of

any such labor organization, and may recommend remedial action if, in its judgment, such action is necessary or appropriate. It may also notify any Federal, state, or local agency of its conclusions and recommendations with respect to any such labor organization which in its judgment has failed to cooperate with the Committee, contracting agencies, contractors, or subcontractors in carrying out the purposes of this order.

SUBPART C-POWERS AND DUTIES OF THE PRESIDENTS COMMITTEE ON EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY AND OF CONTRACTING AGENCIES

SEC. 306. The Committee shall adopt such rules and regulations and issue such orders as it deems necessary and appropriate to achieve the purposes of this order, including the purposes of Part II hereof relating to discrimination in Government employment.

SEC. 307. Each contracting agency shall be primarily responsible for obtaining compliance with the rules, regulations, and orders of the Committee with respect to contracts entered into by such agency or its contractors, or affecting its own employment practices. All contracting agencies shall comply with the Committee's rules in discharging their primary responsibility for securing compliance with the provisions of contracts and otherwise with the terms of this Executive order and of the rules, regulations, and orders of the Committee pursuant hereto. They are directed to cooperate with the Committee, and to furnish the Committee such information and assistance as it may require in the performance of its functions under this order. They are further directed to appoint or designate, from among the agency's personnel compliance officers. It shall be the duty of such officers to seek compliance with the objectives of this order by conference, conciliation, mediation, or persuasion.

SEC. 308. The Committee is authorized to delegate to any officer, agency, or employee in the executive branch of the Government any function of the Committee under this order, except the authority to promulgate rules and regulations of a general nature.

SEC. 309. (a) The Committee may itself investigate the employment practices of any Government contractor or subcontractor, or initiate such investigation by the appropriate contracting agency or through the Secretary of Labor, to determine whether or not the contractual provisions specified in section 301 of this order have been violated. Such investigation shall be conducted in accordance with the procedures established by the Committee, and the investigating agency shall report to the Committee any action taken or recommended.

(b) The Committee may receive and cause to be investigated complaints by employees or prospective employees of a Government contractor or subcontractor which allege discrimination contrary to the contractual provisions specified in section 301 of this order. The appropriate contracting agency or the Secretary of Labor, as the case may be, shall report to the Committee what action has been taken or is recommended with regard to such complaints.

SEC. 310. (a) The Committee, or any agency or officer of the United States designated by rule, regulation, or order of the Committee, may hold such hearings, public or private, as the Committee may deem advisable for compliance, enforcement, or educational purposes.

(b) The Committee may hold, or cause to be held, hearings in accordance with subsection (a) of this section prior to imposing, ordering, or recommending the imposition of penalties and sanctions under this order, except that no order for debarment of any contractor from further government contracts shall be made without a hearing.

SEC. 311. The Committee shall encourage the furtherance of an educational program by employer, labor, civic, educational, religious, and other nongovernmental groups in order to eliminate or reduce the basic causes of discrimination in employment on the ground of race, creed, color, or national origin.

SUBPART D-SANCTIONS AND PENALTIES

SEC. 312. In accordance with such rules, regulations or orders as the Committee may issue or adopt, the Committee or the appropriate contracting agency may:

(a) Publish, or cause to be published, the names of contractors or unions which it has concluded have complied or have failed to comply with the provisions of this order or of the rules, regulations, and orders of the Committee.

(b) Recommend to the Department of Justice that, in cases where there is substantial or material violation or the threat of substantial or material violation of the contractual provisions set forth in section 301 of this order, appropriate proceedings be brought to enforce those provisions, including the enjoining, within the limitations of applicable law, of organizations, individuals or groups who prevent directly or indirectly, or seek to prevent directly or indirectly, compliance with the aforesaid provisions.

(c) Recommend to the Department of Justice that criminal proceedings be brought for the furnishing of false information to any contracting agency or to the Committee as the case may be.

(d) Terminate, or cause to be terminated, any contract, or any portion or portions thereof, for failure of the contractor or subcontractor to comply with the nondiscrimination provisions of the contract. Contracts may be terminated absolutely or continuance of contracts may be conditioned upon a program for future compliance approved by the contracting agency.

(e) Provide that any contracting agency shall refrain from entering into further contracts, or extensions or other modifications of existing contracts, with any non-complying contractor, until such contractor has satisfied the Committee that he has established and will carry out personnel and employment policies in compliance with the provisions of this order.

(f) Under rules and regulations prescribed by the Committee, each contracting agency shall make reasonable efforts within a reasonable time limitation to secure compliance with the contract provisions of this order by methods of conference, conciliation, mediation, and persuasion before proceedings shall be instituted under paragraph (b) of this section, or before a contract shall be terminated in whole or in part under paragraph (d) of this section for failure of a contractor or subcontractor to comply with the contract provisions of this order.

SEC. 313. Any contracting agency taking any action authorized by this section, whether on its own motion, or as directed by the Committee, or under the Committee's rules and regulations, shall promptly notify the Committee of such action or reasons for not acting. Where the Committee itself makes a determination under this section it shall promptly notify the appropriate contracting agency of the action recommended. The agency shall take such action and shall report the results thereof to the Committee within such time as the Committee shall provide.

SEC. 314. If the Committee shall so direct, contracting agencies shall not enter into contracts with any bidder or prospective contractor unless the bidder or prospective contractor has satisfactorily complied with the provisions of this order or submits a program for compliance acceptable to the Committee or, if the Committee so authorizes, to the contracting agency.

SEC. 315. Whenever a contracting agency terminates a contract, or whenever a contractor has been debarred from further Government contracts, because of noncompliance with the contractor provisions with regard to nondiscrimination, the Committee, or the contracting agency involved, shall promptly notify the Comptroller General of the United States.

SUBPART E-CERTIFICATES OF MERIT

SEC. 316. The Committee may provide for issuance of a United States Government Certificate of Merit to employers or employee organizations which are or may hereafter be engaged in work under Government contracts, if the Committee is satisfied that the personnel and employment practices of the employer, or that the personnel, training apprenticeship, membership, grievance and representation, upgrading and other practices and policies of the employee organization, conform to the purposes and provisions of this order.

SEC. 317. Any Certificate of Merit may at any time be suspended or revoked by the Committee if the holder thereof, in the judgment of the Committee, has failed to comply with the provisions of this order.

SEC. 318. The Committee may provide for the exemption of any employer or employee organization from any requirement for furnishing information as to compliance if such employer or employee organization has been awarded a Certificate of Merit which has not been suspended or revoked.

PART IV-MISCELLANEOUS

SECTION 401. Each contracting agency (except the Department of Justice) shall defray such necessary expenses of the Committee as may be authorized by law, including section 214 of the Act of May 3, 1945, 59 Stat. 134 (31 U.S.C. 691): Provided, that no agency shall supply more than fifty per cent of the funds necessary to carry out the purposes of this order. The Department of Labor shall provide necessary space and facilities for the Committee. In the case of the Department of Justice, the contribution shall be limited to furnishing legal services.

SEC. 402. This order shall become effective thirty days after its execution. The General Services Administration shall take appropriate action to revise the standard Government contract forms to accord with the provisions of this order and of the rules and regulations of the Committee.

SEC. 403. Executive Order No. 10479 of August 13, 1953 (18 F.R. 4899) together with Executive Orders Nos. 10482 of August 15, 1953 (18 F.R. 4944), and 10733 of October 10, 1957 (22 F.R. 8135) amending that order, and Executive Order No. 10557 of September 3, 1954 (19 F.R. 5655), are hereby revoked, and the Government Contract Committee established by Executive Order No. 10479 is abolished. All records and property of or in the custody of the said Committee are hereby transferred to the President's Committee on Equal Employment Opportunity, which shall wind up the outstanding affairs of the Government Contract Committee.

John F. Kennedy
The White House,
March 6, 1961.