



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
MONOGRAFIA JURÍDICA

AÇÕES AFIRMATIVAS:
COTAS RACIAIS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS
E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Rogers Teixeira Bastos
Mat. 0209503

FORTALEZA-CE
NOVEMBRO – 2007

ROGERS TEIXEIRA BASTOS

**AÇÕES AFIRMATIVAS:
COTAS RACIAIS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS
E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação de conteúdo da Professora Adriane Moura e Silva.

Fortaleza – Ceará

2007

ROGERS TEIXEIRA BASTOS

AÇÕES AFIRMATIVAS:
COTAS RACIAIS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS
E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Monografia apresentada à banca examinadora e à Coordenação do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de bacharel em Direito, em conformidade com os normativos do MEC.

Aprovada em:
Fortaleza (CE), 27 de novembro de 2007.

Adriane Moura e Silva
Profa. Orientadora - Universidade Federal do Ceará

Fernanda Cláudia Araújo da Silva Vaccari.
Prof^a. Examinadora - Universidade Federal do Ceará

Ticiane Jucá Madruga.
Bacharela em Direito

Dedico este trabalho a Deus, a razão da minha vida, o motivo de toda alegria e a minha família, prova concreta e inequívoca de Sua existência.

Do rio que tudo arrasta se diz que é violento. Mas ninguém diz como são violentas as margens que o reprimem.

Bertolt Brecht

AGRADECIMENTOS

À Cristo, pela fidelidade no caminhar diário.

Aos meus pais, pela educação que me foi passada, sempre pautada em princípios éticos de convivência.

Aos meus irmãos, pela presença constante em minha vida.

Aos meus amigos, colegas, professores e funcionários da Faculdade de Direito, pelo tempo agradável que passei ao lado deles.

A todos meus professores do ensino básico, médio e fundamental, pela contribuição no aprendizado.

À minha namorada, pela compreensão em momentos difíceis.

A todas as pessoas que fizeram e fazem parte da minha vida.

RESUMO

Esse estudo objetivou analisar as questões relativas ao sistema de cotas nas universidades públicas, mais precisamente as cotas raciais. Foram analisados os principais aspectos das ações afirmativas, conceito, origem, evolução e sua classificação como gênero da espécie cotas raciais. Analisamos, ainda, o princípio da igualdade, seus aspectos formal e material, observando a sua evolução histórica e inserção de seu caráter material nas constituições mais recentes. Observamos a consonância entre o sistema de cotas raciais e o princípio da igualdade. Por fim, avaliamos as cotas raciais nas universidades públicas brasileiras, passando por uma breve análise histórica comparativa das colonizações brasileira e norte-americana, geradoras de sistemas raciais diferentes em cada país. Estudamos o critério multirracial hoje adotado no Brasil e os argumentos favoráveis e contrários à adoção das cotas raciais, apresentados, respectivamente, pelas correntes diferencialista e universalista. A pesquisa tem bases doutrinárias fundadas na literatura publicada em livros, internet e leis sobre a matéria. Concluimos que o sistema de cotas raciais é uma possível solução para a diminuição das desigualdades existentes e que, aliada ao critério social, pode ser uma ferramenta implementadora da igualdade material, desde que combinada com políticas de investimento na educação.

Palavras-chave: Ações Afirmativas; Princípio da Igualdade; Cotas raciais.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO..... | 10 |
| 2. AÇÕES AFIRMATIVAS | |
| 2.1 Conceito e objetivo das Ações Afirmativas..... | 12 |
| 2.2 Ação Afirmativa e Discriminação Positiva..... | 15 |
| 2.3 Ações Afirmativas no Direito Norte-Americano..... | 17 |
| 2.4 Ações Afirmativas na perspectiva constitucional brasileira..... | 21 |
| 2.5 Ações Afirmativas e o sistema de cotas..... | 23 |
| 3. PRINCÍPIO DA IGUALDADE | |
| 3.1 Breve relato sobre a evolução histórica do Princípio da Igualdade..... | 27 |
| 3.2 A questão da diferença na igualdade jurídica..... | 30 |
| 3.3 Aspectos formal e substancial do Princípio da Igualdade..... | 32 |
| 3.4 Aspecto material da igualdade na Constituição Federal de 1988..... | 35 |
| 3.5 Igualdade e Discriminação Positiva..... | 38 |
| 4. COTAS RACIAIS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS | |
| 4.1 Contexto racial - breve comparativo entre as colonizações brasileira e norte-americana..... | 41 |
| 4.2 A raça como elemento ensejador das ações afirmativas no Brasil..... | 43 |
| 4.3 O sistema multirracial brasileiro..... | 45 |
| 4.4 Cotas raciais nas universidades públicas: correntes universalista e diferencialista..... | 48 |
| 4.5 Argumentos Contrários às cotas raciais..... | 49 |
| 4.6 Posicionamentos Favoráveis às cotas raciais..... | 51 |

CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 INTRODUÇÃO

As ações afirmativas são políticas no sentido de, com o objetivo de reduzir as barreiras sociais e reduzir as desigualdades, adotar medidas referentes a determinados grupos humanos, levando-se em consideração critérios como origem nacional, gênero, etnia, profissão, religião etc.

Os poderes do Estado brasileiro têm manifestado posições favoráveis à adoção de ações afirmativas no contexto pátrio, o que tem gerado discussões não só no âmbito dos governantes como em toda a sociedade, que expressa vários posicionamentos conflitantes. Estas ações são caracterizadas pelo estabelecimento, dentre outras, de cotas raciais para o acesso à universidade e para os ministérios do governo, através de reservas de vagas para cargos públicos.

Nesse contexto, as cotas raciais são as mais enfatizadas, o que não é de se surpreender em um país que possui um histórico escravagista não muito distante e, como sabemos, ainda não abolido como um todo. O fato é que o país possui uma dívida enorme com a população afrodescendente, fazendo-se necessário políticas que busquem, de alguma forma, diminuir a grande desigualdade existente.

Ocorre que o problema da desigualdade entre os indivíduos é complexo e delicado demais para ser analisado apenas de um ponto de vista imediatista, sem que se tomem medidas também a longo e médio prazo para que se atinja o fim maior de oportunidades a todos de forma igualitária e justa.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 3º, inciso IV, consagra como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, dentre outros: “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, **raça**, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de **discriminação***”. No artigo seguinte, elenca, dentre os princípios norteadores de nossa República no âmbito das relações internacionais, em seu inciso VII, o “repúdio ao terrorismo

e ao **racismo**". Já no inciso XLII do artigo 5º, institui-se que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".

Uma característica é identificada em todos os dispositivos constitucionais acima mencionados, qual seja: o repúdio ao uso da "raça" como critério de diferenciação entre indivíduos.

Por tais previsões, surge o questionamento sobre a constitucionalidade da adoção de um sistema de cotas fundado em um critério racial, estabelecendo vagas para uma parcela da sociedade que se encontra ainda com pequeno grau de representatividade nos setores de relevância na sociedade.

A presente pesquisa tem bases doutrinárias fundadas na literatura publicada em livros, Internet e leis sobre a matéria. Utilizar-se-á o método dialético a fim de efetivar a comparação dos meios de superação da problemática brasileira, valendo-se de pesquisa eminentemente bibliográfica.

Assim, procurar-se-á verificar a viabilidade e constitucionalidade da aplicação das cotas raciais no país, analisando, principalmente, a eficácia da adoção das ações afirmativas dentro do contexto juspolítico brasileiro, tradicionalmente conhecido por possuir um ordenamento jurídico deficiente e um governo com políticas governamentais que não tendem a abolir a crítica situação de desigualdade em todos os âmbitos existente no país.

2 AÇÕES AFIRMATIVAS

2.1 Conceito e Objetivo das Ações Afirmativas

Antes mesmo da existência da noção de igualdade material ou substancial, em uma época em que as constituições consagravam uma igualdade meramente formal, surgiram as ações afirmativas, diante da percepção da sociedade de que a formalização da igualdade não produziria os efeitos aos quais a sociedade ansiava. Essa visão de que a igualdade formal era insuficiente, posto que não atingia o plano de eficácia, era baseado na idéia de que, tendo em vista a desigualdade existente, seria necessário o favorecimento de alguns em detrimento de outrem. Assevera Bellintani (2006, p. 51):

Em síntese pode-se dizer que as ações afirmativas são mecanismos temporários de inclusão social que visam inserir entre homens de uma mesma comunidade, maior igualização, em face de seu teor distributivo, podendo abarcar pessoas físicas e jurídicas, em decorrência da necessidade de concretização do princípio maior de qualquer Estado Democrático de Direito, qual seja, a efetivação da dignidade da pessoa humana, a qual somente pode ser alcançada através da justiça social.

Gomes (2001, p.20) assim expõe:

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. [...] Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido - o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

Silva (2005, p. 58) *apud* Maria José Morais Pires (1995, p.78) conceitua as ações afirmativas como sendo “normas temporárias e que vigoram enquanto se verificar a situação desfavorável, devendo deixar de vigorar logo que ultrapassada a desigualdade”. Ressalta, ainda, como elementos conceituais e integrantes das ações afirmativas: a compulsoriedade ou voluntariedade e a

temporariedade, ou não, das medidas a serem adotadas por órgãos públicos e privados; a concessão de benefício ou vantagem a determinados grupos sociais; a busca da igualdade de oportunidades e tratamento; medidas direcionadas, em especial, à área da educação, saúde e emprego.

Rocha (1996, p. 286) por sua vez, entende que as ações afirmativas são:

[...] uma forma de se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos engravados na cultura dominante da sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias.

Menezes (2001, p. 27) assim formula sua definição:

Ação afirmativa, nos dias correntes, é um termo de amplo alcance que designa o conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou seguimentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade em razão, na maior parte das vezes, da parte de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas. Colocando-se de outra forma, pode-se asseverar que são medidas especiais que buscam eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que sejam neutralizados, o que se realiza por meio de providências efetivas em favor das categorias que se encontram em posições desvantajosas.

Percebemos, da análise dos conceitos *susos* mencionados, que o objetivo maior das ações afirmativas é o combate às desigualdades sociais, com a suplantação da igualdade formal, incapaz de produzir efeitos em uma sociedade repleta de desigualdades. Tal fato fundamenta a implementação dessas ações.

Torna-se notório, dessa forma, que a eliminação das desigualdades existentes devido a um passado que deixou seqüelas abomináveis, como a exclusão social nos setores da educação e de emprego, dentre outros, torna necessária a tomada de medidas de ações afirmativas em prol dos grupos excluídos socialmente. Trata-se de uma tentativa de supressão dos efeitos

persistentes das discriminações sofridas pelas mais diversas minorias, do combate às distorções econômicas e sociais verificadas ao longo do tempo e relacionadas, por exemplo, ao direito à educação, ao emprego e ao salário.

Com base na igualdade material, argumenta-se que a adoção de tais medidas de nada adiantaria se o campo de atuação fosse exclusivamente normativo, com a implementação de regras proibitivas de discriminação. Aliado à produção normativa nesse sentido, essencial seria a promoção de ações que tivessem a capacidade de fazer gravar na mentalidade da sociedade a existência da diversidade e do pluralismo, no sentido de transformar o comportamento que se tem geralmente diante dessa realidade.

Existe na mentalidade da sociedade a idéia de uma supremacia e conseqüente subordinação de uma raça em relação à outra. Então, é uma outra finalidade das ações afirmativas a de modificar esse entendimento, atuando, assim, na busca por uma transformação nos âmbitos pedagógico, cultural e até mesmo psicológico.

Têm como finalidade, ainda, a eliminação dos efeitos da situação histórica passada, toda baseada em uma discriminação cuja tendência é a perpetuação, caso não sejam tomadas as devidas políticas de afirmação no sentido de abolir essa discriminação contemporânea. Trata-se da invocação de uma realidade pautada na diversidade e no reconhecimento da existência de grupos minoritários, carecedores de inserção social, seja no âmbito público ou privado. Tais iniciativas produziriam, em países cujo multiculturalismo e a diversidade não estivessem perfeitamente reconhecidos pela sociedade, como um fator positivo, uma nova visão sobre sua própria concepção de realidade de mundo.

Silva (2006, p. 75) leciona:

Assim, a discriminação positiva acaba por propiciar, ainda que de forma gradual, não só uma maior convivência com a diversidade, sobretudo com a diversidade racial, mas, também, uma espécie de ruptura com o meio social dominante, no que diz respeito à prevalência de certos estigmas arraigados culturalmente no imaginário coletivo, ao contrapor-se a inúmeras idéias preconcebidas baseadas em falsas generalizações – verdadeiros estereótipos

culturais – como, por exemplo: o negro é burro; o índio é indolente e preguiçoso; a mulher é incapaz; o judeu é avarento, etc.

Gomes (2001, p. 48-49) atenta para o objetivo das ações afirmativas de criação de “personalidades emblemáticas”, a ver:

Por fim, as ações afirmativas cumpririam o objetivo de criar as chamadas personalidades emblemáticas. Noutras palavras, além das metas acima mencionadas, elas constituiriam um mecanismo institucional de criação de exemplos vivos de mobilidade social ascendente. Vale dizer, os representantes de minorias que, por terem alcançado posições de prestígio e poder, serviriam de exemplo às gerações mais jovens, que veriam em suas carreiras e realizações pessoais a sinalização de que não haveria, chegada a sua vez, obstáculos intransponíveis à realização de seus sonhos e à concretização de seus projetos de vida. Em suma, com esta conotação as ações afirmativas atuariam como mecanismo de incentivo à educação e ao aprimoramento de jovens integrantes de grupos minoritários, que invariavelmente assistem ao bloqueio de seu potencial de inventividade, de criação e de motivação ao aprimoramento e ao crescimento individual, vítimas das sutilezas de um sistema jurídico, político, econômico e social concebido para mantê-los em situação de excluídos.

Assim, as ações afirmativas visam, precipuamente, fazer com que a pluralidade existente em todos os países possa ser trazida para o âmbito da educação e do mercado de trabalho, a fim de que seja um retrato fiel do multiculturalismo nacional e da materialização do princípio da igualdade.

2.2 Ação Afirmativa e Discriminação Positiva

Faz-se pertinente pontuarmos a diferenciação entre ação afirmativa e discriminação positiva, uma vez que, embora sejam expressões que geralmente são utilizadas como sinônimas, por realmente estar uma ligada à outra, não se confundem.

As ações afirmativas, conforme analisado linhas acima, são políticas de iniciativa pública ou privada que têm a finalidade maior de levar a toda a sociedade uma igualdade de oportunidades e de resultados entre os cidadãos. Significa que qualquer tipo de atividade que se enquadre naquele contexto,

aplicada como instrumento de eliminação da exclusão social, tenha ou não cunho discriminatório, configurar-se-á em uma ação afirmativa.

Várias são as formas de se utilizar as ações afirmativas, estas de caráter compensatório, na busca pela promoção dos grupos denominados vulneráveis, marginalizados ou desfavorecidos, em combate às desigualdades existentes.

A doutrina deu o nome de discriminação positiva a toda e qualquer ação afirmativa que, para o benefício de pessoas desfavorecidas e marginalizadas da sociedade, ajuda essa classe a concorrer em condições de igualdade com os mais privilegiados socialmente ou mesmo destina um percentual de certos bens escassos a indivíduos historicamente discriminados e, por isso, acabam tendo uma conotação discriminatória. Não se nega que se trata de uma forma de se promover a igualdade material, deixando de ser uma igualdade apenas em teoria, porém traz como consequência certo prejuízo às outras classes mais favorecidas, ou seja, aquelas que sempre tiveram as vantagens socialmente disponíveis e escassas.

Bellintani (2006, p. 55-56) é preciso em sua explanação:

Assim é que, na realidade norte-americana, o termo ação afirmativa é utilizado para denominar qualquer mecanismo que vise maior inclusão dos historicamente discriminados, assim como ocorre no Brasil. Na Europa, por sua vez, os doutrinadores, cientes de que existem mecanismos de ação afirmativa que promovem a igualdade, mas que, por vezes, implicam a adoção de alguma discriminação positiva, vêem nas ações afirmativas um gênero do qual as discriminações positivas são espécie. Nesses termos, pode-se dizer que todas as discriminações positivas são uma ação afirmativa, mas nem toda ação afirmativa consubstancia-se em uma discriminação positiva. [...] Nesse sentido é que parte da doutrina européia, contrária à adoção das discriminações positivas, salienta que, não obstante as constituições prevejam a possibilidade de adoção de mecanismos de promoção de igualdade, não há uma previsão expressa que permita a aplicação de discriminações positivas. Na América, ao revés, a possibilidade de adoção de mecanismos de promoção da igualdade, de modo genérico, dá azo a que parte da doutrina e da jurisprudência favorável às discriminações positivas justifique a possibilidade de adoção destas medidas dentro da realidade dos seus países.

No que concerne à questão das cotas, sejam sociais ou raciais, estas últimas objeto do presente trabalho, estão embutidas no conceito de

discriminação positiva como uma espécie desta, cujo gênero são as ações afirmativas.

2.3 Ações Afirmativas no Direito Norte-Americano

A origem histórica das ações afirmativas¹ remonta a década de 1950 nos Estados Unidos da América, em um contexto de gritante desigualdade existente entre brancos e negros, principalmente no que tange às oportunidades de emprego e de educação. Invocava-se aos negros uma maior parcela de representatividade na sociedade americana, sendo este o contexto local e social que levou ao mundo a discussão sobre as ações afirmativas, passando a ganhar mais espaço e relevo tais políticas.

Assim como no Brasil, logicamente dentro de um contexto diferente, os Estados Unidos da América passaram por um longo período de escravização de seus negros. Como consequência, mesmo após a abolição da escravidão, essa classe ficou marginalizada. A consequente segregação racial oriunda do primário e o inconcebível sistema de escravidão estavam em contradição com a igualdade consagrada na legislação norte-americana, existente tão somente no plano de existência, longe de ser vivenciada no campo da eficácia.

O preconceito e injustiça sociais existentes na sociedade norte-americana, todos frutos de seu passado histórico nada glorioso, geraram a necessidade de se tomar atitudes para amenizar essa situação, já que o Judiciário, aonde foram levados vários casos de discriminação contra negros, não iria mudar, na sua atuação perante o caso concreto, o contexto social da época.

¹ Os dados históricos sobre as ações afirmativas no direito norte-americano têm como fonte a obra de Paulo Lucena de Menezes, **A Ação Afirmativa (affirmative action no direito norte-americano)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, e o artigo de Carlos Hasenbalg “O Contexto das Desigualdades Raciais”. In: SOUZA, Jessé. (Org.). **Multiculturalismo**. Brasília: Paralelo 15, p. 63-68.

Dentro dos limites de um chefe do Poder Executivo, o então Presidente John F. Kennedy, em 1960, começou a tratar de assuntos como o descaso e a negligência a que estavam submetidas às classes minoritárias e marginalizadas. Em seu âmbito de atuação, implementou ações de natureza afirmativa de grande valia. Nas palavras de Menezes (2001, p. 88):

Visando estabelecer uma igualdade de oportunidades e erradicar a discriminação e o preconceito nas relações mantidas entre o governo federal e os seus contratantes, ele expediu, apenas dois meses após assumir a presidência, a *Executive Order* n. 10.925, que, afora criar um órgão para fiscalizar e reprimir a discriminação existente no mercado de trabalho (*President's Committee on Equal Employment Opportunity*), empregou pela primeira vez em um texto oficial, ainda que com uma conotação restrita, o termo *affirmative action*. De acordo com essa *Executive Order*, nos 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.

Logicamente, por ter apenas um caráter de legalização da não-discriminação, a expressão ação afirmativa, já presente em leis da época, não possuía o sentido e alcance atuais. Atualmente, além da proibição da discriminação, as ações afirmativas incluem em seu conteúdo políticas de combate de desigualdade de oportunidades.

Não obstante a morte de John Kennedy, as políticas afirmativas, pela primeira vez aplicada oficialmente por este, ao assinar uma ordem executiva instando as entidades ligadas ao Executivo a tomarem a ação afirmativa como um instrumento de combate à discriminação de afro-americanos na contratação de mão-de-obra, permaneceram. Lyndon B. Johnson, seu sucessor, em 1965, através da *Executive Order* n° 11.246, estimulou que as firmas contratadas pelo governo realizassem a reserva de vagas para membros provenientes das minorias raciais e também deficientes físicos.

A partir do surgimento da *Executive Order* nº 11.246, o sentido e alcance das ações afirmativas se ampliaram, uma vez que sua criação engrandeceu a importância dos programas voltados para o combate às desigualdades sociais com base em condutas positivas, passando a ser avaliados sob a ótica de políticas governamentais. Eis sua importância, embora não tenha surtido os efeitos esperados quando da sua criação.

Em 1969, o *Office of Federal Contract Compliance (OFCC) Revised Order* nº 4 é implantado nos Estados Unidos pelo então presidente Richard Nixon. Sobre o mesmo, Menezes (2001, p. 93) faz as seguintes observações:

Segundo as suas disposições, os contratantes com o governo federal deveriam desenvolver, anualmente, *programas de ação afirmativa* com a finalidade de identificar e corrigir deficiências existentes em relação às mulheres e a grupos minoritários (v.g. negros, índios e hispânicos), o que se daria pelo cumprimento e pela observância de determinadas metas numéricas (*goals*) na contratação de empregados, as quais seriam fixadas de acordo com a participação dessas mesmas minorias no mercado de trabalho. Referidas metas, contudo, não poderiam ser 'quotas rígidas e inflexíveis', mas alvos razoavelmente atingíveis, encetando-se todo esforço de boa-fé para fazer com que todos os aspectos do programa da ação afirmativa funcionem.

Mais à frente, vários outros textos legais surgiram, como *Higher Education Act* de 1972, cujo título IX proibia a discriminação entre homens e mulheres nas instituições de ensino que recebessem verba do governo federal; *Rehabilitation Act* de 1973, que exigia dos contratantes com o governo federal o oferecimento de oportunidades de emprego para os deficientes físicos; o *Veterans Readjustment Act* de 1974, concedendo favorecimentos e proteção para os veteranos da Guerra do Vietnã, além de vários outros, como o *Age Discrimination Act* de 1975.

Em razão desta grande produção legislativa e de atos do Executivo tratando de ações afirmativas, gerou-se uma explosão de casos de demandas judiciais cujo objeto era a discriminação. Tratava-se de um grande fenômeno, uma vez que nos Estados Unidos, as decisões proferidas em lides levadas ao Judiciário causam uma grande repercussão no âmbito normativo. Foi, por exemplo, através da jurisprudência que restou cristalizada a teoria do impacto adverso ou diferenciado, segundo a qual os autores de processos judiciais

poderiam demonstrar a natureza discriminatória de várias práticas, pela mera comprovação numérica do desequilíbrio racial, ou outro meio qualquer, que resultasse nas mesmas, ainda que a intenção do empregador não fosse promover a discriminação.

Interessante ressaltar o voto do Ministro Powell no caso *Regents of the University of California v. Bakke* (1978), no qual Alan Bakke, engenheiro, branco, trinta e sete anos, estava processando a Universidade, alegando que havia sido discriminado em razão de sua raça, pois a universidade reservava 16% das vagas para indivíduos em condições desvantajosas e para membros de grupos minoritários. Como tentou uma vaga na Universidade sem lograr êxito, mas percebeu que suas notas estavam maiores que as notas daqueles que entraram por meio das cotas, reclamou que estava sendo discriminado. Em seu voto, o Ministro Powell conclui que o uso de classificação racial, no caso em tela, violava o Título VI do *Civil Right Act* e a *equal protection clause*. Ressaltou, porém, que os programas de ação afirmativa poderiam ser constitucionais, mesmo que levasse em conta algum aspecto racial ou ético, desde que não fosse o único critério seletivo e desde que não fossem utilizadas quotas, metas ou preferências inflexíveis.²

Para arrematar, verifique-se a lição de Bellintani (2006) sobre o tema:

Inicialmente as ações afirmativas consistiam tão-somente no encorajamento pelo Estado para que os entes públicos e privados colaborassem para o acesso à educação e ao mercado de trabalho de categorias historicamente discriminadas, promovendo, assim, maior igualdade de oportunidades entre os cidadãos, para que o pluralismo e a diversidade fossem características constantes no corpo de indivíduos que formam a massa de trabalhadores e de estudantes. [...]

Num segundo momento, ao ser verificada a ineficácia desse simples encorajamento por parte do Estado, passou-se a adotar as políticas de ação afirmativa mais incisivas, estabelecendo-se, a título exemplificativo, o sistema de preferências e objetivos numéricos de forma rígida para que empresas e instituições educacionais promovessem a igualdade entre os membros da sociedade.

² Extraído da obra de Paulo Lucena de Menezes, **A ação afirmativa (affirmative actino) no direito norte- americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Foi a partir daí que as ações afirmativas foram vistas não somente como um meio de busca pela igualdade de oportunidades, mas, primordialmente, pela igualdade de resultados. A política governamental passou a atuar no sentido de implantar mecanismos que ajudassem a atingir metas nas mais diversas áreas sociais, englobando as mais diferentes minorias.

2.4 Ações Afirmativas na perspectiva constitucional brasileira

A possibilidade de implantação das ações afirmativas não está expressamente autorizada no texto da Constituição da República de 1988. Não obstante, alguns dispositivos sugerem essa possibilidade.

Reza o preâmbulo da Carta:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Prevê, assim, a necessidade de se estabelecer a igualdade substancial de todos os cidadãos. A mensagem é clara no sentido do reconhecimento da existência das desigualdades e do dever de combatê-las.

O artigo 3º do texto constitucional traz os objetivos da República Federativa do Brasil. São todos verbos que se traduzem em obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração da constituição, todos tendentes a atingir uma igualdade substancial.

Outras previsões constitucionais refletem a existência de caráter “afirmativo”, como por exemplo: Art. 5º, LXXIV, o qual prevê a assistência

jurídica gratuita aos que provarem insuficiência de recursos; Art. 7º, inciso XX, proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos e inciso XXX, que se refere à proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; Art. 23, inciso X, que outorga às unidades federadas a responsabilidade combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; Art. 37, inciso VIII, o qual dispõe que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão; Art. 170, que preceitua os princípios sobre os quais se erige a ordem econômica do Brasil, dentre eles a redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII) e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (inciso IX); Art. 179, o qual dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei; Art. 227, inciso II, que trata da criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

Através de uma interpretação sistemática da Constituição e pela análise dos dispositivos mencionados linhas acima, percebe-se que constituinte não se limitou a proibir práticas discriminatórias, de cunho formal, antes se preocupou em positivar, dentro do texto constitucional, meios de inserção e integração social destinadas aos injustamente discriminados. São essas previsões que tornam possível a adoção de determinadas ações afirmativas, seja por meio de preferências (como ocorre com empresas de pequeno porte), seja por meio de cotas (como é o caso dos negros).

É primor salientar que as ações afirmativas constitucionalmente autorizadas, nos termos acima aludidos, são aquelas cujo mecanismo esteja conforme os princípios constitucionais, sendo estes o parâmetro a ser utilizado na aplicação das ações afirmativas. Gomes (2002, p. 24) afirma com propriedade:

Esta justificação deve ter um conteúdo, baseado na razoabilidade, ou seja, num fundamento razoável para a diferenciação; na racionalidade, no sentido de que a motivação deve ser objetiva, racional e suficiente; e na proporcionalidade, isto é, que a diferenciação seja um reajuste de situações desiguais. Aliado a isto, a legislação infraconstitucional deve respeitar três critérios concomitantes para que atenda ao princípio da igualdade material: a diferenciação deve (a) decorrer de um comando-dever constitucional, no sentido de que deve obediência a uma norma programática que determina a redução das desigualdades sociais; (b) ser específica, estabelecendo claramente aquelas situações ou indivíduos que serão “beneficiados” com a diferenciação; e (c) ser eficiente, ou seja, é necessária a existência de um nexos causal entre a prioridade legal concedida e a igualdade socioeconômica pretendida.

O autor acima citado elenca critérios razoáveis a serem utilizados na verificação da constitucionalidade de determinada ação afirmativa a ser implementada no estado brasileiro. Não basta concluirmos pela constitucionalidade ou não das ações afirmativas, sendo necessário selecionarmos, das existentes, aquelas cujo mecanismo seja compativelmente constitucionais.

2.5 Ações Afirmativas e o Sistema de Cotas

Dentre as diversas formas de se implantar ações afirmativas como política governamental, o sistema de cotas tem sido, dentre todas elas, a mais conhecida e a que tem sido mais implantada nos governos atuais, notadamente nas searas do mercado de trabalho e da educação. Traduz-se na reserva de um determinado número de vagas ou percentual mínimo destinados a grupos desfavorecidos.

Como uma espécie do gênero ações afirmativas, também teve origem nos Estados Unidos. Após um longo período de existência de igualdade apenas no âmbito normativo, as ações afirmativas, cujo sentido e

alcance era limitado por estabelecer mera igualdade formal, veio a estender o seu grau de eficácia ao associar-se à idéia de realização da igualdade de oportunidades através da imposição de cotas rígidas de acesso das minorias a determinados setores do mercado de trabalho e instituições educacionais.

Atchabahian (2006, p. 174) afirma:

Inúmeros relatórios de instituições especializadas dão conta da discrepância estatística de determinados segmentos da sociedade em relação a ocupação de cargos, de estabelecimentos de ensino, especialmente no nível superior, fruição dos bens da vida, percepção salarial, entre outros tantos setores, enquanto resta evidente que a igualdade posta constitucionalmente, se não for dotada de mecanismos de efetivação prática, não atinge o princípio maior de conferir a todos, senão os mesmos resultados, as mesmas condições e oportunidades.

Embora essa consciência venha tomando espaço e cada vez mais se evidencie de inúmeras formas, a cobrança da sociedade pelo oferecimento de condições mais justas de oportunidades entre todos os seguimentos, é fato que, se o apelo permanecesse na esfera moral, muito tempo levaria para que essa igualdade se operasse naturalmente, e isto, considerando-se essa possibilidade.

Surge então o sistema de quotas como mecanismo efetivo, capaz de propiciar na esfera jurídica, resultados efetivos e conferir maior mobilidade social em contraponto à estratificação histórica.

A grande problemática que é trazida à tona está no fato de que o sistema de cotas vai, ao mesmo tempo, ser um meio de inclusão de minorias, ao se estabelecer um percentual mínimo de vagas destinadas aos menos favorecidos e um meio de diminuição de pessoas advindas das classes não minoritárias. De tal fato, gera-se a discussão sobre a aparente violação do princípio da igualdade formal.

Por outro lado, não há como se ter uma real noção de violação do princípio da igualdade através do sistema de cotas, através de uma análise abstrata, em tese. Faz-se necessário que seja aplicado, no caso concreto, o princípio da proporcionalidade.

Rocha (1996, p. 88) nos esclarece :

É importante salientar que não se quer verem produzidas novas discriminações com a ação afirmativa, agora em desfavor das maiorias, que, sem serem marginalizadas historicamente, perdem

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

O sistema de cotas sofre diversas críticas, dentre as quais o fato de que a obtenção de cotas ocorre sem a apreciação do mérito, das qualidades individuais ou necessidades reais. Uma vez que o sistema de cotas visa, antes de mais nada, alcançar a igualdade material ou substancial, aquele beneficiado com as cotas deve mostrar seu mérito para que possa continuar com o benefício que o Estado concedeu por entender ser um meio justo e eficaz.

Vale salientar que falta ao Direito brasileiro um maior conhecimento das modalidades e das técnicas que podem ser utilizadas na implementação de ações afirmativas. Entre o meio jurídico fala-se quase exclusivamente do sistema de cotas, mas esse é um sistema que, a não ser que venha amarrado a um outro critério inquestionavelmente objetivo, deve ser objeto de uma utilização marcadamente marginal, segundo Gomes³.

Além do sistema de cotas, outras técnicas de implementação das ações afirmativas podem ser citadas, como o método do estabelecimento de preferências, o sistema de bônus e os incentivos fiscais (como instrumento de motivação do setor privado). Embora o Brasil esteja ainda muito restrito ao sistema de cotas, já é possível vislumbrarmos a implementação de outras espécies de ações afirmativas. No ano de 2004, por exemplo, a Unicamp

³ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas**. Site Mundo Jurídico, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 15 de junho de 2007.

aprovou um programa de ação afirmativa que, ao invés de estabelecer um número de vagas, fornece uma pontuação extra para os alunos oriundos de escolas públicas e também para aqueles que se intitularem oriundos de grupos étnicos minoritários (negros, pardos e indígenas). Esse sistema é bastante semelhante ao adotado por várias universidades norte-americanas.

3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

3.1 Breve Relato sobre a Evolução Histórica do Princípio da Igualdade

O conceito de igualdade remonta à Grécia Antiga. Péricles e Sólon viam a igualdade como elemento essencial da justiça. Platão, em sua obra intitulada “A República”, já afirmava que a igualdade era o fundamento da democracia e defendia a igualdade de oportunidades entre os indivíduos em alguns setores sociais, como no acesso a cargos públicos.

A idéia de igualdade como tratamento desigual aos desiguais na medida de suas desigualdades foi trazida primeiramente por Aristóteles. Embora acreditasse que a igualdade era o caminho para a justiça, Aristóteles defendia idéias hoje não aceitas, como a escravidão, sustentando-se na premissa da desigualdade inata dos homens. Afirmava ser a meritocracia fonte da igualdade, sustentando que cada um deveria receber os bens de acordo com o seu mérito. Via a igualdade como o meio termo, na medida em que “o meio termo é o igual, pois em cada espécie de ação na qual há um ‘mais’ e um ‘menos’ há também um ‘igual’. Se, então, o injusto é o iníquo (ou seja, o desigual), o justo é o igual. E já que o igual é o meio termo, o justo será um meio termo” (ARISTÓTELES, 1999, P. 95).

Bellintani (2006, p. 9) leciona com propriedade:

Esse pensamento não perdurou por muito tempo, tendo cabido a Cícero e Sêneca a função de aclarar as idéias contraditórias e propagar como premissa que os homens são sim iguais entre si e que os escravos são da mesma natureza que os seus amos, estabelecendo, portanto, a natureza universal igualitária entre os seres humanos.

Em Roma, a idéia de igualdade adveio, principalmente, da evolução do direito processual, o qual passou a ter como regra o direito de defesa. Assim, tanto o autor como o réu estavam submetidos a um tratamento igualitário em um procedimento judicial.

A busca pela igualdade também foi inspirada pelo Cristianismo, seja no período romano, seja em outros períodos da história da humanidade. Faz parte da doutrina cristã a invocação da igualdade de todos os homens perante Deus, não havendo qualquer diferença entre as pessoas.

No período medieval, a concepção geométrica de igualdade foi a dominante, através da qual se conferia a cada grupo de classes uma aceção axiológica diferenciada. Embora o Cristianismo tenha influenciado bastante esse período da humanidade, seus valores não foram afetivamente introduzidos, havendo, de fato, uma situação de grandes desigualdades, repressão e injustiças em favor das classes dominantes, notadamente o clero e a nobreza. Não obstante, não se pode negar a evolução vivenciada nos campos jurídicos do devido processo legal, da propriedade e da liberdade, intimamente ligadas ao princípio da igualdade.

Esse momento da história da sociedade, marcado pelo contrastante regime de privilégios beneficiário da nobreza, em face da limitação da burguesia, amarrada e impossibilitada de crescer, foi cedendo espaço para o insurgimento desta, em busca de maior liberdade. Foi o que se verificou no Estado Moderno, período em que a burguesia se voltou contra o sistema vigente, caracterizado pela atribuição de prerrogativas pessoais decorrentes de artifícios sociais que impunham formas despóticas e injustas de desigualdade. Essa época é marcada pelo estabelecimento de um direito firmado na igualdade dos homens, em todos os aspectos. Rocha (1990, p. 35) afirma: “positiva-se o princípio da igualdade. A lei, diz-se então, será aplicada igualmente a quem sobre ela se encontre submetido. Preceitua-se o princípio da igualdade perante a lei”.

A idéia de igualdade foi também questionada e debatida no Iluminismo, através de seus filósofos. Dentre tantos iluministas, vale lembrar a visão de Rousseau, ao defender a igualdade entre os homens por fazerem parte de um único gênero, qual seja, o do ser humano. Desse modo, não seria concebível que meras diferenças no que concerne às condições físicas e psíquicas de cada um pudessem ser tidas pela sociedade como motivos de discriminação.

No final do século XVIII, o princípio da igualdade foi consagrado em várias constituições oriundas da época, em virtude das revoluções inglesas e francesas ocorridas nesse período, todas influenciadas pelo espírito crescente de igualdade no seio da sociedade. Desse modo, a Constituição de Virgínia de 12 de junho de 1776 consignou em seu art. 1º que "todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes".

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, firmou o princípio da igualdade como base do Estado moderno, influenciando todas as constituições modernas. A Constituição norte-americana elaborada em 1787, no entanto, não definia textualmente o princípio da igualdade, somente se inserindo nela com a Emenda XIV, de 1868. Seguindo a orientação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Constituição Francesa de 1791 consagrou no bojo de seu texto a premissa maior de que todos são iguais perante a lei.

Vale ressaltar a natureza da igualdade consagrada nesse contexto de introdução na Constituição. Tratava-se de uma igualdade meramente formal, ou seja, existente apenas no campo legal, eis que a mera normatização da igualdade não foi suficiente para um estabelecimento efetivo da isonomia jurídica, já que a igualdade pregada visava a igualar os membros de uma mesma classe social, subsistindo, dessa maneira, a desigualdade entre as classes.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948, foi um grande veículo de impulso ao desenvolvimento da noção de igualdade, prevendo-a em vários dispositivos do seu corpo, inclusive no seu preâmbulo.

É no Estado Social que a busca pela diminuição das desigualdades sociais é proposta com mais vigor, eliminando-se, aos poucos a concepção liberal de Estado. Nesse momento, o princípio da igualdade passa a ter um maior alcance e profundidade. Antes, externava-se apenas no campo normativo, através da legalização da igualdade, ampliando seu campo de visão nesse novo período, com a implementação de garantias de iguais

oportunidades para a concretização da norma. Trata-se de aplicação do princípio da isonomia, tratando-se os iguais desigualmente para que a igualdade seja alcançada.

Assim, a implementação de medidas substanciais, através da aplicação do princípio da isonomia propicia uma ampliação do alcance e profundidade do princípio da igualdade, passando a existir não somente no campo abstrato, normativo, atingindo, outrossim, o campo da materialidade, da concretização.

3.2 A questão da diferença na Igualdade Jurídica

A premissa maior no que tange ao conceito de igualdade jurídica é o de que todos são iguais perante a lei. Isso significa que os homens são diferentes em essência, mas a lei deve tratá-los de forma isonômica. O sentido primeiro de igualdade jurídica é o tratamento igualitário de todos perante a lei. Zela-se, portanto, pelo tratamento igualitário a todos que se encontram em uma mesma situação.

A desigualdade deve ser o fundamento jurídico para a igualação que, por sua vez, deve manifestar seu respeito à pluralidade humana. Do contrário, o próprio Estado Democrático inviabiliza-se, uma vez que a igualdade princípio não pode significar a igualdade de pessoas. Isso conduziria e traduziria inaceitável e incontestável totalitarismo (Rocha, 1990, p.100).

Silva (1999, p. 192) ressalta:

O tratamento igual não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os "iguais" podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador.

Não existe, portanto, uma igualdade entre indivíduos em sentido amplo, pois somente podemos encontrar a identidade entre sujeitos através de critérios específicos a serem adotados. Tem o legislador a função de encontrar

os aspectos das pessoas que se relacionam com a essência da Lei, e, aí sim, tratar aquelas que estão em situação idêntica, perante a lei, de maneira igual.

A situação de igualdade ou desigualdade dependerá sempre dos elementos que são levados em consideração. Silva *apud* Seabra Fagundes (1999, p. 192) salienta que “os conceitos de igualdade e desigualdade são relativos, impõem a confrontação e o contraste entre duas ou várias situações, pelo que onde uma existe não é possível indagar de tratamento igual ou discriminatório”.

Sendo a desigualdade um fato incontestável, vale ressaltar que a igualdade jurídica não é suficiente para alcançar a plenitude da cidadania, fazendo-se necessário ao direito a criação de normas que permitam a igualdade de oportunidades, consagrando a dignidade humana. Mello (1999, p. 9-10), com propriedade, analisa a igualdade jurídica nos seguintes termos:

O preceito magno da igualdade é a norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas. A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da igualdade e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes. Em suma: dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela, hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito diferir disciplinas diversas para situações equivalentes.

A Constituição da República de 1988 manifesta com vigor sua determinação na mudança de estrutura na direção da igualdade econômica, social, política. Não se trata de uma regra a ser observada tão somente pelo legislador. É uma obrigação do governante perante os governados e presente até mesmo nas relações entre os cidadãos.

Agora, não basta o legislativo se abster de legislar de forma contrária ao princípio. Toda a máquina estatal deve se voltar à igualação. Deve agir efetivamente de forma a oferecer a cada um uma condição de vida apta a

oferecer caminhos dignos ao desenvolvimento pessoal e profissional, consonante a sua singularidade.

3.3 Aspectos Formal e Substancial do Princípio da Igualdade

No primeiro tópico do presente capítulo, foi feita uma breve análise da evolução histórica do princípio da igualdade, da qual observou-se a existência de dois aspectos preponderantes: formal e substancial ou material. Embora o princípio da igualdade seja, essencialmente, composto desses dois aspectos, indivisíveis, portanto, é possível fazer um detalhamento de cada um deles.

Consiste a igualdade formal naquela prevista em lei, na medida em que esta não deve fazer discriminação, sendo igual para todos. Traduz-se no direito que tem todo cidadão de não ser discriminado pela lei, exceto pelos elementos de ponderação constitucionalmente previstos.

A igualdade formal, em um primeiro momento, tinha como pressuposto a impossibilidade de tratamento desigual perante os homens, dada a igualdade de uns perante os outros. Com o passar do tempo, essa concepção foi sendo eliminada, na medida em que se percebeu a existência de discriminações oriundas do passado de cada nação que permaneciam enraizados na sociedade, gerando-se diferenças entre os homens que justificavam tratamento diferenciado. Percebeu-se que o tratamento igualitário perante todos os homens recairia na manutenção e aumento das desigualdades existentes na sociedade.

Bellintani (2006, p. 23) assim traduz a atual faceta da igualdade formal:

A moderna concepção do princípio da igualdade formal consiste, portanto, em o aplicador da lei tratar indistintamente os indivíduos que compõem as categorias estipuladas normativamente pelo legislador para o fim de incidência daquela norma específica. A consecução do princípio da igualdade, em sua vertente formal, não se dá quando da

elaboração da norma, mas sim no momento de sua aplicação, quando o julgador fizer incidir a lei de maneira uniforme sobre todos que ela abarca.

O pressuposto da visão moderna de igualdade formal, portanto, é a desigualdade. Diante desse pressuposto, seria possível tratar os indivíduos igualmente, de forma a perceber a ótica legislativa a ser seguida para a promoção da igualdade.

Relativamente à igualdade substancial ou material, consiste esta não somente no tratamento equânime e uniformizado de todos os seres humanos, mas também na sua equiparação no que diz respeito à concessão de oportunidades. Trata-se de oferecimento igualitário de oportunidades para todos os cidadãos. Senão vejamos o conceito de Silva (2005, p. 41):

Igualdade substancial, portanto, é a busca da igualdade de fato, da efetivação, da concretização dos postulados da igualdade perante a lei (igualdade formal).

Mais adiante, fazendo uma análise histórica de ambos os aspectos, afirma:

De início, com sustentáculo no princípio da igualdade perante a lei, parte-se da premissa filosófico-liberal de que os homens nascem livres e iguais em direitos, sendo a lei aplicada de maneira uniforme para todos; em pó, com o surgimento e expansão dos direitos sociais e fundamentais, direitos de segunda geração, na busca da concretização da igualdade material, com o binômio indivíduo *versus* Estado, cedendo caminho para encetar a integração da sociedade civil como esse mesmo Estado, agora de um prisma social-democrático, em que se distingue a noção de discriminação positiva.

Conforme aludido linhas acima, o princípio da igualdade é composto indivisivelmente pelos aspectos formal e material. Não obstante, a história da humanidade mostra que somente com o surgimento do Estado Social que o aspecto substancial do princípio em análise é incorporado, passando a ter um maior alcance e profundidade.

Silva (2000, p. 216-217) *apud* Perelman (1963) assim expõe o tema em tela:

A justiça *concreta* ou *material* seria, para Perelman, a especificação da justiça formal, indicando a característica constitutiva da categoria essencial, chegando-se às formas: a cada um segundo a sua necessidade; a cada um segundo seus méritos; a cada um a mesma coisa. Porque existem desigualdades, é que se aspira a igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais.

Nossa Carta Magna estabelece uma série de preceitos com objetivo de nivelar e diminuir as desigualdades reinantes. São exemplos de tais normas: Art. 3º; Art. 170 e incisos que tratam da ordem econômica e social; Art. 7º que tratam da questão salarial; Art. 205 que trata da democratização do ensino.

Trata-se de uma confissão dos constituintes de 1988 das desigualdades existentes na nação e a necessidade de contorná-las. Consiste numa evolução do conceito de igualdade, explicitamente posta no texto constitucional através de dispositivos tendentes a diminuir materialmente essas desigualdades.

Em suma, podemos constatar a impossibilidade de dissociação dos aspectos formal e material do princípio da igualdade, dada sua unicidade. Tal entendimento parte do pressuposto de que não a igualdade formal faz com que a igualdade só exista no plano de validade. Para que passe a incidir no campo de eficácia, torna-se fundamental a incidência do aspecto material, através do qual serão oferecidas também igualdade de oportunidades a todos os cidadãos.

Concluindo, vale colacionarmos a manifestação do então Ministro Carlos Alberto de Reis Paula, em palestra proferida em 21 de novembro de

2002 no seminário "Discriminação e sistema legal brasileiro", promovido pelo Supremo Tribunal do Trabalho⁴:

Cidadania não combina com desigualdade. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação. E, no entanto, no Brasil que se diz querer republicano e democrático, o cidadão ainda é uma elite, pela multiplicidade de preconceitos que subsistem, mesmo sob o manto fácil do silêncio branco com os negros, da palavra gentil com as mulheres da esmola superior com os pobres, da frase lida para os analfabetos... Nesse cenário sócio-político e econômico, não seria verdadeiramente democrática a leitura superficial e preconceituosa da Constituição, nem seria verdadeiramente cidadão o leitor que não lhe rebuscasse a alma, apregoando o discurso fácil dos igualados superiormente em nossa história feita pelas mãos calejadas dos discriminados.

3.4 Aspecto material da igualdade na Constituição Federal de 1988

A implementação do aspecto material na acepção do princípio da igualdade nas cartas políticas dos países foi sendo implementada aos poucos e de forma diferenciada. No Brasil, por exemplo, observa-se que somente com a Constituição de 1988 é que se vislumbra uma significativa mudança do conceito de igualdade, através da previsão de vários mecanismos verificadores da desigualdade entre cidadãos e da necessidade de conceder a todos iguais oportunidades, mesmo que através de medidas positivas de discriminação, espécies de ações afirmativas.

Até então, no direito brasileiro, a igualdade só era verificada no aspecto formal, através da previsão nas constituições da igualdade de todos perante a lei. Abreu (1999, p.53) leciona:

O direito constitucional brasileiro debutou o princípio igualitário na Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891, cujo art. 71, §2º, assim dispunha: "Todos são iguais perante a lei". A República não admite privilégio de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as

⁴ Kaufman, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? A implementação para negros como mecanismo concretizador de direitos fundamentais.** In www.jusnavigandi.com.br. Acesso em: 12 de setembro de 2007.

ordens honoríficas existentes, e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

As Constituições posteriores em nada inovaram em relação à regra igualitária. Enquanto isso, os Estados Unidos e boa parte dos países europeus não dispensavam

Percebe-se, dessa forma, que o legislador constituinte manteve-se por muito tempo inerte aos reclamos sociais por uma substanciação do princípio da igualdade, para a redução das desigualdades e da exclusão social, gritante em nosso país.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra o princípio da igualdade em seu Art. 5º, caput, artigo esse que traz a mais importante gama de direitos fundamentais individuais e coletivos. Só pela localização geográfica da normatização do princípio da igualdade formal na Constituição (1988), percebe-se como o legislador constituinte quis dar uma grande importância e ênfase a esse preceito.

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Trata-se da enunciação do princípio da igualdade formal, através do qual é garantido a todos o tratamento igualitário na lei e perante a lei. O legislador constituinte de 1988, contudo, além de instituir que a lei deve tratar a todos igualmente, proibiu e estabeleceu a punição para certos discrimenes, como, por exemplo, a punição para qualquer forma de discriminação atentatória dos direitos e garantias fundamentais (Art. 5º, XLI) e a criminalização da prática do racismo (Art. 5º, XLII). Firmou também como um dos objetivos fundamentais da república federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

O princípio da igualdade é mencionado em vários outros artigos da Constituição, não referente especificamente às ações afirmativas, mas a outras questões cuja igualdade seja princípio diretamente relacionado.

O Art. 5º, inciso, I, ao trazer a igualdade entre homens e mulheres, foi um avanço da sociedade brasileira, que antes não via homens e mulheres como iguais em direitos e obrigações. De ver-se que a Constituição firmou expressamente, em seu Art. 226, § 5º, que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. No entanto, o constituinte fez previsões que dispensam tratamento diferenciado a homens e mulheres, como no caso de tempo de contribuição para a concessão de aposentadoria e na hipótese de serviço militar obrigatório.

No que diz respeito à idéia de inconstitucionalidade dessas normas, não pode prosperar tal pensamento, já que, em tese, não existem normas constitucionais inconstitucionais. Em relação à diferença de idade entre homens e mulheres para concessão de aposentadoria por idade, justifica-se na maior fragilidade do corpo físico feminino em relação ao masculino (tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais) e pela própria jornada de trabalho dupla enfrentada pelas mulheres. Quanto ao serviço militar obrigatório em tempos de paz somente aos homens, não há atualmente uma justificativa plausível para tal previsão, tratando-se de norma envelhecida que se tornou injusta, mas que não é inconstitucional pelo motivo já acima exposto.

Os direitos sociais dos trabalhadores são significativamente ampliados, trazendo o constituinte de 1988 uma série de proteções aos mesmos em face de seus empregadores. Essa previsão foi também a aplicação mais pura da previsão aristotélica de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, já que os trabalhadores são claramente hipossuficientes em relação aos seus patrões. O Art. 7º da Constituição (1988) traça o rol de direitos trabalhista entre os quais estão vários que tem relação com o princípio da igualdade e com a proibição de discriminação, dos quais são exemplos:

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;
XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;
XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;
XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

A Constituição da República, em seu art.12, § 2º, traz a previsão de tratamento igualitário entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos na própria carta política. Deste dispositivo se infere que qualquer tratamento desigual não justificado entre brasileiros natos ou naturalizados decorrente de legislação infraconstitucional seria afronta a norma constitucional vigente.

O texto constitucional consagra outros exemplos da igualdade em seu bojo, como o combate às causas da pobreza e aos fatores de marginalização, com a integração social dos setores desfavorecidos (Art. 23, X, CF/88); igualdade de acesso a cargos empregos e funções públicas, com necessidade de aprovação em concurso público, exceto as nomeações para cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração (Art. 37, I e II, CF/88); a universalidade da seguridade social (Art. 194, § 1º, I, CF/88); a igualdade entre partes no processo civil (Art. 5º, LV, CF/88); e a igualdade nas condições de ensino (Art. 206, I, CF/88).

3.5 Igualdade e Discriminação Positiva

A igualdade formal foi o aspecto da igualdade que primeiramente surgiu, mas que logo foi identificado como incapaz de proporcionar realmente uma igualdade substancial (material) aos cidadãos. Tal princípio deveria ser tratado sobre outro aspecto para que, enfim, pudesse ter eficácia. Foi através da idéia de igualdade material, ou seja, igualdade de oportunidades, aliada, por certo, à igualdade formal, que se enxergou uma real exteriorização da igualdade na sociedade contemporânea.

Deve-se entender que o tratamento igualitário aos iguais e o tratamento desigual aos desiguais é o que vai configurar a isonomia, além de que não existe igualdade sem uma efetiva equidade de oportunidades. Assim, podemos chegar à conclusão de que a isonomia constitucional compreende a efetivação de desigualações para que haja a promoção do bem geral. Dessa forma, as diferenciações de tratamento não são vedadas pelo princípio da igualdade, ou seja, não a violam, pelo contrário, são instrumentos de concretização do mesmo.

Algumas disposições constitucionais têm como objeto medidas positivas de discriminação, como forma de aplicação da igualdade material. Podemos exemplificar com a previsão de tratamento diferenciado entre homens e mulheres no que diz respeito ao tempo de contribuição para aposentadoria, a reserva de vagas nos concursos públicos para deficientes, e o tratamento diferenciado às empresas de pequeno porte. Buscou o constituinte uma efetivação do princípio da igualdade, demonstrando que a isonomia não abrange apenas a não-discriminação, mas também medidas de discriminação positiva com o intuito de diminuir as desigualdades, viabilizando equalização das oportunidades.

As discriminações positivas não consistem, portanto, em uma prática discriminatória, no sentido negativo do termo, mas em uma busca pela minimização das desigualdades existentes ao conferir oportunidades aos grupos marginalizados da sociedade, realizando assim a inclusão. Mello (1993, p.81) leciona:

Se o tratamento diverso outorgado a uns for justificável, por existir 'correlação lógica' entre o fator de *discrímen* tomado em conta e o regramento que lhe deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade; se pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica ou — o que ainda seria mais flagrante — se nem ao menos houvesse um fator de *discrímen* identificável, a norma ou a conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade.

As cotas raciais, bem como as outras formas de ações afirmativas, desde que tenham um objetivo compatível com o princípio da igualdade material, serão um instrumento viabilizador desse princípio constitucional, na medida em

atuará como um equalizador de oportunidades entre grupos favorecidos e desfavorecidos, promovendo a inclusão social em um país com um grande histórico excludente.

Alexy (1999: p. 78) afirma que “quanto mais grave é a intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem ser as razões que a justifiquem”. Assim, a discriminação positiva, como interventora do direito fundamental à igualdade, deve ser justificada pela efetivação da igualdade, através de critérios justos de aplicação dessas medidas afirmativas.

4 COTAS RACIAIS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS

4.1 Contexto racial: breve comparativo entre as colonizações brasileira e norte-americanas

As relações raciais no Brasil e nos Estados Unidos se desenvolveram de maneira bem diferente, tendo sido a forma de colonização o fator que mais gerou importantes conseqüências. No Brasil, herdamos as características presentes em Portugal no que tange aos aspectos sociais. A grande miscigenação do povo brasileiro deveu-se ao fato de que os portugueses, quando colonizaram o Brasil, não trouxeram consigo suas famílias, o que proporcionou relações entre portugueses, índias e escravas. Sobre o tema, Freyre (2002: p. 46) afirma:

A escassez de mulheres brancas criou zonas de confraternização entre os vencedores e os vencidos, entre senhores e escravos. Sem deixarem de ser relações — as dos brancos com as mulheres de cor — de ‘superiores’ com ‘inferiores’ e, no maior número de casos, de senhores desabusados e sádicos com escravas passivas, adoçaram-se, entretanto, com a necessidade experimentada por muitos colonos de constituírem família dentro dessas circunstâncias e sobre essa base. A miscigenação que largamente se praticou aqui corrigiu a distância social que doutro modo se teria conservado enorme entre a casa-grande e a mata tropical; entre a casa-grande e a senzala.

O intuito da colonização feita pelos ingleses nos Estados Unidos era o de povoar a terra, gerando famílias. Nos Estados Unidos, por sua vez, a colonização feita por ingleses foi no intuito de povoar a terra, originando núcleos familiares. Naquela época, dois fatores principais ocorridos na Inglaterra levaram ao povoamento norte-americano: o primeiro foi o cercamento dos campos e expulsão dos camponeses por conta das manufaturas incipientes, e o segundo foram os conflitos religiosos, que levaram muitas pessoas a saírem do país.

Percebe-se, portanto, que a colonização dos Estados Unidos foi realizada por famílias, não possuindo condições propícias para a miscigenação, já que não havia carência de mulheres brancas. No que se

refere ao estabelecimento da mão-de-obra escrava negra, esta só teve início a partir do século XVIII, sendo anteriormente utilizada a mão-de-obra branca temporária.

Portugal, ainda antes da colonização brasileira, era um país altamente miscigenado, acostumado com a presença dos negros. No entanto, o mesmo não pode ser afirmado no que tange à Inglaterra.

Outra distinção relevante decorre do modo segundo o qual se lidou com a liberdade dos negros antes da abolição. No Brasil, a possibilidade de alforria, além de em alguns casos derivar de expressa disposição normativa, poderia também ser obtida por determinação dos senhores, por disposições de última vontade, ou então pela compra da liberdade pelo próprio escravo. Já no contexto norte-americano, houve a edição contínua de leis visando a evitar a existência de negros livres nos estados escravistas, o que decerto dificultou a interação racial.

É importante destacar que no Brasil a abolição da escravatura não foi precedida de guerras nem conflitos. Já nos Estados Unidos, a abolição da escravatura foi precedida da mais violenta Guerra Civil que se tem notícia.

Percebe-se, portanto, que o histórico racial brasileiro difere bastante do norte-americano. Surgindo as ações afirmativas no contexto norte-americano de forma singular, nasce o questionamento a respeito da aplicação das ações afirmativas no Brasil nos mesmos moldes em que são aplicadas nos Estados Unidos.

Atualmente, a adoção de ações afirmativas vem se enfraquecendo nos Estados Unidos. Observa-se tal limitação por meio da política restritiva desenvolvida no atual governo de George W. Bush. 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 freqüentes de que não está mais suportando a política de benefícios para determinados grupos, observando-as com aversão. Sobre o tema, afirma Skrentny (1996: p. 5):

Uma análise recente das atitudes públicas em relação às ações afirmativas demonstrou que a opinião pública vai além de rejeitá-las simplesmente. A essência da idéia de preferência racial teve um efeito negativo nas atitudes de americanos brancos relativas aos pretos, parecendo provocar uma antipatia generalizada.

No Brasil, até o momento, os debates que vêm sendo estabelecidos se limitam, no mais das vezes, à observação do modelo norte-americano e à conseqüente conclusão pela cópia do sistema no Brasil. Os negros de nosso país, em um contexto geral, vivem em uma situação de precariedade. Assim, a discussão se torna mais intensa quando se tem uma leitura precipitada e superficial do modelo norte-americano, sem a observância dos índices sociais desfavoráveis para os negros no Brasil, gerando-se grande debate.

Sobre a visão que se tem do modelo norte-americano e da possibilidade de aplicação das ações afirmativas, SOUZA(1997: p. 24) expõe:

Duas pressuposições, altamente duvidosas, são implicitamente assumidas nesse movimento. Primeiro, que os Estados Unidos são um modelo cultural acima de ambigüidades e crítica. Segundo, que não existem peculiaridades no Brasil que possibilitem pensar um modelo cultural que, embora tributário da mesma herança ocidental que possibilita a democracia política e a autonomia moral individual, seja visto como um desenvolvimento alternativo ao americano, com as perdas e ganhos que toda escolha cultural envolve

Como pudemos perceber, existem profundas diferenças históricas e sociais que separam as relações raciais desenvolvidas no Brasil e nos Estados Unidos, o que inviabiliza, decerto, a simples importação do modelo praticado neste. No Direito Brasileiro, a análise das cotas raciais deve ser feita a partir da observação da nossa realidade, visando a combater as razões que efetivamente impediram e impedem o negro de se integrar socialmente e como forma de efetivação de certos direitos fundamentais.

4.2 A raça como elemento ensejador das ações afirmativas no Brasil

As cotas raciais são uma espécie de ação afirmativa cujo objetivo é a diminuição das desigualdades existentes e da desproporcionalidade de

oportunidades entre brancos e negros. No Brasil, por seu histórico marcado pelo sistema escravocrata até o fim do século XVIII, é patente a prevalência de brancos nos setores mais importantes da sociedade, notadamente os âmbitos do mercado de trabalho e da Educação.

Diante deste fato, com a conseqüente necessidade de se adotar políticas afirmativas tendentes a diminuir essas desigualdades, passou-se a adotá-las nos últimos anos, tendo a raça como parâmetro.

A palavra raça pode ser empregada nas mais diferentes maneiras. Pode ter um sentido de conjunto de características físicas, como cor da pele, cor e textura do cabelo. Pode, ainda, significar uma região específica do planeta, como por exemplo, quando se fala em raça africana, raça oriental, raça ocidental. Ou, além, pode ter um sentido biológico, como a reunião de pessoas em grupos de indivíduos que possuam características específicas e distintas dos outros grupos. A classificação biológica de pessoas em raças distintas sempre foi um grande desafio. Cavalli-Sforza.(2003, p. 37) afirma, com propriedade:

Os resultados, muitas vezes contraditórios, constituem um bom indício da dificuldade do empreendimento. Darwin compreendeu que a continuidade geográfica frustraria toda tentativa de classificar as raças humanas. Ele observou um fenômeno recorrente ao longo da história: diferentes antropólogos chegaram a contagens totalmente discrepantes do número de raças — de três a mais de cem.

Esse interesse científico encontrava um grande empecilho natural, qual seja, a rapidez com que as características raciais se modificam no decorrer da evolução humana. Nesse sentido, Pena (2000, p. 17) explicou que a espécie humana é "demasiadamente jovem e móvel para ter se diferenciado em grupos tão distintos". E, segundo Cavalli-Sforza.(2003, p. 52), "ainda que se quisesse fazer uma aproximação da quantidade de raças existentes no mundo, os números poderiam ultrapassar um milhão de raças distintas".

Com o recente mapeamento do genoma humano, constatou-se a impossibilidade de dividir a humanidade em raças. A respeito do assunto, Boyle (2001, p. 490) tece as seguintes ponderações:

Reconhecemos hoje que a classificação biológica de seres humanos em raças e hierarquias raciais — no topo da qual obviamente estaria a raça branca — era produto da pseudociência do século XIX. No momento em que nós mapeamos o genoma humano, prodigiosa pesquisa que envolveu o uso de material genético de todos os grupos étnicos, sabemos que só há uma raça — a raça humana. Diferenças humanas em aspectos físicos, cor da pele, etnias e identidades culturais não são baseadas em atributos biológicos. Aliás, a nova linguagem dos mais sofisticados racistas abandona qualquer fundamento biológico em seus discursos. Eles agora enfatizam supostas diferenças culturais irreconciliáveis como justificativa para seus pontos de vista extremistas.

Diante dessa dificuldade natural na classificação racial dos humanos, surgem questionamentos acerca da utilização do critério racial para a aplicação do sistema de cotas no Brasil, um país notoriamente miscigenado, tornando-se mais difícil a seleção através deste elemento.

Assim, para que possamos entender o mecanismo das cotas raciais no Brasil, faz-se necessário uma análise, ainda que resumida, do sistema multirracial existente no país, o que será feito a seguir.

4.3 O sistema multirracial brasileiro

A implementação das cotas raciais, bem como das ações afirmativas em geral, exigem uma análise prévia das relações raciais no país, para que seja possível adotar um critério próprio para a resolução dos problemas. Não basta copiar o modelo implementado pelos Estados Unidos, porque, conforme procuramos demonstrar, a nossa realidade racial é outra.

É bem verdade que nunca desenvolvemos um critério legal, lógico e preciso sobre a definição de quem é negro no País. Guimarães (1997, p.240) ressalta que “a questão que se levanta não é superficial. Se não se pode definir formalmente, sem margem a dúvidas, o beneficiário de uma política pública, então sua eficácia será nula”

A visão de Guimarães nos remete à reflexão sobre a eficácia das políticas públicas atrelada a uma definição formal dos elementos objetivos

dessas políticas. No Brasil, nunca houve uma tentativa de objetivamente limitar o acesso das pessoas a determinadas atividades por causa da raça ou de classificar a raça das pessoas a partir de critérios objetivos preestabelecidos. No máximo, foi utilizada a divisão racial para fins estatísticos, em alguns censos, os quais utilizaram o sistema da autoclassificação, seja pela escolha do entrevistado dentre as apresentadas pelo instituto, seja pelo livre-arbítrio do entrevistado, atribuindo a cor que pressupunha ter.

Como forma de ilustrarmos a dificuldade em definirmos “quem é quem” no Brasil, podemos fazer menção a uma pesquisa realizada no Brasil em 1976 pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios — PNAD, em que, perguntando qual seria a cor do entrevistado, não apresentando quaisquer opções de cor aos mesmos, identificaram-se 135 cores. Sobre este Censo, Turra e Ventura (1995:p. 33 e 34) registra:

Não se pode deixar de reconhecer que essa amostra divulga um verdadeiro tratado de antropologia nacional. Observe-se a lista de cores que os brasileiros se classificaram: Acastanhada, Agalegada, Alva, Alva-escura, Alvarenta, Alvarinta, Alva-rosada, Alvinha, Amarela, Amarelada, Amarela-queimada, Amarelosa, Amorenada, A Vermelhada, Azul, Azul-marinho, Baiano, Bem-branca, Bem-clara, Bem-morena, Branca, Branca-avermelhada, Branca-melada, Branca-morena, Branca-pálida, Branca-queimada, Branca-sardenta, Branca-suja, Branquiça, Branquinha, Bronze, Bronzeada, Bugrezinha-escura, Burro-quando-foge, Cablocla, Cabo-verde, Café, Café-com-leite, Canela, Canelada, Cardão, Castanha, Castanha-clara, Castanha-escura, Chocolate, Clara, Clarinha, Cobre, Corada, Cor-de-café, Cor-de-canela, Cor-de-cuia, Cor-de-leite, Cor-de-ouro, Cor-de-rosa, Cor-firma, Crioula, Encerada, Enxofrada, Esbranquecimento, Escura, Escurinha, Fogoio, Galega, Galegada, Jambo, Laranja, Lilás, Loira, Loira-Clara, Loura, Lourinha, Malaia, Marinheira, Marrrom, Meio-amarela, Meio-branca, Meio-morena, Meio-preta, Melada, Mestiça, Miscigenação, Mista, Morena, Morena-bem-chegada, Morena-bronzeada, Morena-canelada, Morena-castanha, Morena-clara, Morena-cor-de-canela, Morena-jambo, Morenada, Morena-escura, Morena-fechada, Morenã, Morena-parda, Morena-roxa, Morena-ruiva, Morena-trigueira, Moreninha, Mulata, Mulatinha, Negra, Negota, Pálida, Paraíba, Parda, Parda-clara, Polaca, Pouco-clara, Pouco-morena, Preta, Pretinha, Puxa-para-branca, Quase-negra, Queimada, Queimada-de-praia, Queimada-de-sol, Regular, Retinta, Rosa, Rosada, Rosa-queimada, Roxa, Ruiva, Russo, Sapecada, Sarará, Saraúba, Tostada, Trigo, Trigueira, Turva, Verde, Vermelha.

Hasenbalg (1997, p. 67.) complementa:

As experiências de ações afirmativas até agora desenvolvidas em outras partes do mundo se deram em países em que as fronteiras ou divisas entre grupos étnicos e raciais estão claramente definidas. Esse não parece ser o caso do Brasil. Nos últimos vinte anos, cientistas sociais que estudam as relações raciais no país, entre os quais me incluo, bem como militantes do movimento negro, têm usado sistemas de classificação racial dicotômicos: brancos/negro ou branco/não-branco. Ao mesmo tempo, pesquisas como o PNAD-1976 surpreendem pela variedade de termos usados pela população para identificar-se em matéria de cor ou raça. Esta é uma das ambigüidades do sistema racial do Brasil e dos demais países da América Latina que deve ser encarada na hora de estabelecer o conjunto de regras que permita identificar quais são os indivíduos ou grupos que podem beneficiar-se com os programas de ação afirmativa.

Percebe-se, portanto, que existe no Brasil uma multirracialidade como característica do sistema de classificação racial. Difere-se do norte-americano, na medida em que existem várias raças intermediárias entre brancos e negros. No sistema determinado atualmente pelo IBGE, utilizam-se cinco possibilidades de classificação racial: brancos, pretos, amarelos, pardos e indígenas.

Fruto de uma intensa miscigenação ao longo da história, a existência de multifacetadas raças no Brasil é um fator problemático no que se refere à implementação do sistema de cotas raciais no país, havendo argumentos favoráveis e contrários, todos com certo grau de razoabilidade. Traduzem-se no entendimento pela constitucionalidade ou não dessas políticas de afirmação.

Alisaremos os argumentos referentes à aplicação das cotas no âmbito das universidades públicas, tendo em vista o enfoque no tema e das propostas e medidas em prática no Brasil. Antes, faremos a diferenciação entre as correntes universalista e diferencialista, determinantes no estudo da constitucionalidade das ações afirmativas perante a Constituição da República, segundo o modo de implementação das mesmas.

4.4 Cotas raciais nas universidades públicas: correntes universalista e diferencialista

É notória a precariedade do ensino público nacional, formado por um sistema precário e debilitado, fruto de uma política governamental que, ao longo da história, não conferiu à Educação investimentos e políticas de crescimento, seja na estrutura física ou no conteúdo lecionados na sala de aula. Isso causou uma crescente deterioração da rede pública de ensino, em contraste com o pesado investimento da rede privada de ensino, cujos alunos, obviamente, são mais bem preparados para o mercado de trabalho e para o ingresso nas universidades públicas.

Dessa forma, percebe-se, de mera análise empírica, que há nas universidades públicas um número maior de alunos brancos, quando não em sua totalidade. Isso decorre do passado histórico, já analisado, que teve como conseqüência a existência de uma desigualdade gritante e limitada também pela questão racial. Tendo em vista a necessidade de obter, de se implementar políticas substanciais de aplicação do princípio da igualdade, passou-se a adotar algumas políticas afirmativas, inspiradas no modelo norte-americano. Surgiram, assim, diversos posicionamentos que podem ser entendidos com mais clareza se fizermos menção a duas correntes principais: universalista e diferencialista.

Silva (2005, p. 239) sintetiza o entendimento de cada corrente nos seguintes termos:

Os adeptos da primeira corrente (universalista) defendem ser necessário um maior investimento na área do ensino básico e médio, ao lado da expansão do número de vagas nas universidades, para que se obtenha uma maior igualdade de oportunidades, desde que é patente baixa qualidade de ensino no país e a insuficiência de vagas nos cursos de graduação. Ademais, o combate às desigualdades deve centrar-se em medidas voltadas para o crescimento econômico e para a desconcentração de renda.

Já os partidários da corrente diferencialista defendem que não basta combater a pobreza, a falta de distribuição de renda e melhorar o ensino médio e fundamental; é preciso, ainda, diferenciar e beneficiar certos grupos discriminados que sempre estiveram em posição desvantajosa, garantindo-lhes maiores oportunidades no acesso ao ensino superior. A implementação de cotas raciais, destinadas aos afrodescendentes, e/ou de cotas sociais, cujo recorte é por renda e

não em função da raça, dirigidas aos jovens carentes, sejam negros ou brancos, seria um caminho a ser perseguido.

Podemos afirmar que a corrente universalista consagra o entendimento de que é com investimento no ensino básico e médio e do aumento de vagas nas universidades, além de políticas de desconcentração de renda, que se soluciona o problema de desigualdade, não levando em consideração qualquer tipo de distinção racial. A corrente diferencialista, por sua vez, entende que a política de cotas, desde que vinculadas ao fator renda, são medidas importantes para o alcance dessa igualdade perseguida.

A corrente diferencialista, favorável à política de cotas, é a menos aceita. A corrente universalista tem mais adeptos, na medida em que tenta justificar suas razões em princípios basilares como mérito e justiça.

Perceberemos, da análise dos argumentos contrários e favoráveis às cotas, que todos apresentam, respectivamente, uma visão universalista ou diferencialista sobre o problema do ingresso ao ensino público de nível superior.

A corrente universalista utiliza de bons argumentos, embora não sugira medidas que possam amenizar, a curto prazo, a gritante desigualdade no ingresso de estudantes nas universidades públicas, cujo percentual de negros é ínfimo. Já a corrente diferencialista nos indica uma direção mais realista e palpável para a solução deste dilema, entendendo que medidas a longo prazo são importantes, mas devem estar ao lado de medidas a curto prazo, de caráter temporário, para amenizar a situação atual.

4.5 Argumentos Contrários às cotas raciais

Inicialmente, vale afirmar que o fato de a Constituição não ter previsto de forma expressa a possibilidade de adoção dessa espécie de política afirmativa é um dos argumentos contrários à adoção dessas políticas no país.

Bellintani (2006, p; 79) *apud* Vital Moreira (1998), afirma:

Para Vital Moreira, 'o princípio da igualdade pode consentir ou mesmo reclamar a adoção de medidas de promoção da igualdade de oportunidades, pela remoção dos obstáculos de índole econômica, social, cultural, etc. que impedem certos grupos ou categorias de pessoas de acender em pé de igualdade ao exercício de determinados direitos. Mas não consente, sem expressa autorização constitucional específica, medidas de 'ação positiva' ou de 'discriminação positiva' tendentes a favorecer juridicamente um grupo ou categoria de pessoas no exercício de certo direito a fim de estabelecer uma igualdade de fato'.

Nessa linha de pensamento, argumenta-se que a Constituição da República, quando adotou medidas afirmativas, as fez de forma explícita, a exemplo dos portadores de deficiência física. Dessa forma, quaisquer previsões infraconstitucionais que extrapolassem a Carta Magna nesse ponto, seriam inconstitucionais.

Alega-se, ainda, que a adoção das cotas fere o princípio da isonomia, logo seria inconstitucional, pois fere o princípio da isonomia, uma vez que alguns serão avaliados pelo mérito e outros não. A entrada de alunos pela via meritocrática e de outros pelo critério racial não seria possível em um país cujo sistema é pautado na meritocracia.

Outro argumento seria voltado para as finalidades das universidades públicas. Princípios como democracia, equidade, solidariedade e mérito intelectual são a base das universidades públicas de nível superior. Entretanto, no momento em que o mérito perde sua importância central para outras questões, a qualidade e a sobrevivência das universidades são suplantadas. Logo, seria um grande equívoco impor à universidade a responsabilidade social de corrigir as perversões causadas pela anômala distribuição de renda que impera no país e pela tradicional baixa qualidade do ensino básico. Nesse sentido, defende-se que as ações políticas se voltem para uma melhoria do ensino básico, pois à universidade caberia formar os melhores e não privilegiar as minorias.

Fala-se ainda na queda substancial na qualidade de ensino das universidades. Com a entrada dos alunos favorecidos pelo sistema de cotas, a

tendência é que o padrão de estudantes sofra uma piora significativa. Se alguém não consegue passar no vestibular pelo mérito, não conseguirá também, provavelmente, acompanhar o curso universitário. Uma das conseqüências seria a evasão universitária.

Argumentam, ainda, o fato de que os negros que sempre tiveram um bom ensino, notadamente aqueles com melhor condição financeira, também poderiam fazer uso da lei. Os ricos seriam, então, os verdadeiramente privilegiados, concorrendo diretamente com os mais carentes e despreparados.

Percebe-se, desses argumentos elencados, que se adota uma visão universalista, pautada em fatores sócio-econômicos, além de invocar princípios como isonomia e meritocracia.

4.6 Posicionamentos Favoráveis às cotas

Tomando um posicionamento diferencialista, os adeptos às cotas raciais possuem argumentos que vem, justamente, se contrapor aos universalistas.

Segundo eles, não há necessidade de a Constituição prever expressamente a possibilidade de ações afirmativas para que o legislador ordinário possa implementá-las. Defendem que os dispositivos constitucionais que proíbem as discriminações devem ser interpretados de maneira mais ampla. Sustentam que não se verifica, nos dispositivos constitucionais que vedam as discriminações, óbice à adoção de ações afirmativas. Pelo contrário, constituem mais um preceito legal que corroboraria a edição de tais normas.

Na lição de Bellintani (2006, p. 80):

A previsibilidade do instituto nas cartas constitucionais seria, portanto, mero requisito formal a ser imediatamente ultrapassado, em face da necessidade premente de fazer efetiva a igualdade material, real, somente capaz de ser obtida através da adoção de discriminações positivas, em face das diversas desigualdades atualmente vigentes, que possuem origem histórica e que, portanto, são de difícil erradicação.

O argumento de inconstitucionalidade das cotas, pelo ferimento do princípio da isonomia, na medida em que uns seriam avaliados pelo mérito e outros não, é rebatido pelos diferencialistas afirmando estes que a própria Constituição permitiu a adoção dessas medidas, seja no preâmbulo, no Art. 3º ou em outros dispositivos espalhados pela carta política.

Os dispositivos constitucionais não só possibilitariam a adoção de ações afirmativas por parte do Estado e de particulares, como também teria o Estado a obrigação de implementá-las, sob pena de inconstitucionalidade por omissão. De fato, referidos dispositivos criam verdadeiro mandamento de sua implementação sob pena de inconstitucionalidade por omissão.

O Art. 3º da Carta Magna, que define os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, chega a ser redundante de tão enfático ao consignar tanto a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III) como a erradicação da pobreza e marginalização, de um lado, e a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, de outro (inciso IV). Também o Art. 170 da Constituição reforça, uma vez mais, o objetivo de erradicação da desigualdade já manifestado nos objetivos da República. Não haveria, portanto, necessidade de previsão expressa.

No que concerne ao problema da finalidade da universidade, os diferencialistas analisam a questão sob o ponto de vista da necessidade de se combater e diminuir a segregação existente entre negros e brancos, ricos e pobres. Não se nega a finalidade da universidade com a adoção das cotas, mas democratiza o acesso à mesma, através de medidas que visam, precipuamente, a inclusão social de grupos desfavorecidos como, no caso, os negros de baixa renda.

No que tange ao uso indevido da lei, não seria um problema a ser suscitado na discussão sobre a adoção das cotas ou não, pois trata-se de uma tarefa do legislativo em conferir uma maior segurança às leis, através de instrumentos normativos com o poder de atingir positivamente o caráter substancial da igualdade colimado.

Acreditamos que a situação atual brasileira invoca medidas a curto, médio e longo prazo na busca da amenização das desigualdades verificadas na sociedade. A educação é direito de todos, cabendo ao Estado possibilitar aos cidadãos o seu acesso ao ensino. Sendo notória a pequena representatividade de negros nas universidades públicas, resultado de um passado histórico de massacre da condição do negro, as cotas raciais representam um instrumento garantidor de oportunidades e de conseqüente aplicação da igualdade material.

Logicamente, devem estar aliadas a um critério social, ou seja, na condição sócio-econômica do candidato, favorecendo aos afro-descendentes de baixa renda, evitando que negros que tiveram acesso à educação de boa qualidade e que possuam condições de competir em pé de igualdade com os outros não venham a ser favorecidos, retirando a essência das cotas.

As cotas raciais, nos moldes acima propostos, são constitucionais, pois são medidas de aplicação da igualdade material e não têm um fim em si mesmo, possuindo uma natureza temporária, pois só fazem sentido se aliadas medidas de resultado a longo prazo, como políticas de desconcentração de renda e investimento pesado na educação pública.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos que, como forma de democratizar o acesso ao ensino superior público no Brasil, o Governo Federal vem adotando medidas de natureza afirmativa, através da implementação de cotas para negros, com o intuito de oferecer igualdade de oportunidades para um grupo marcado por uma história de escravidão, desigualdade e preconceito.

É no princípio da igualdade que se tem a possibilidade de aplicação dessa espécie de ações afirmativas. A igualdade formal não tem o condão de estabelecer, de forma efetiva, a igualdade de oportunidades entre os homens. Assim, mister se faz o reconhecimento de que nossa sociedade é repleta de desigualdades, fruto, dentre outras razões, de um histórico escravocrata. Ressalte-se que o fim da escravatura não libertou os negros do preconceito e da miséria que os assolaria e que, de forma gritante e vergonhosa, culminaria em uma sociedade com índices perversos de desigualdade.

A Constituição da República de 1988 foi um marco para a história brasileira das ações afirmativas, visto que, além de consagrar o princípio da igualdade, em seu aspecto formal, trouxe previsões de distinção positiva para classes mais frágeis, tais como regiões sócio-economicamente menos desenvolvidas, deficientes físicos e empresas de pequeno porte, como forma de materialização da igualdade, ultrapassando o campo de validade e passando a incidir no âmbito da eficácia, consequência da ampliação do alcance e profundidade do princípio ora invocado.

As ações afirmativas alvo deste estudo utilizam o critério racial para realizar a igualdade material. É notória a desigualdade existente na sociedade e a existência de uma maioria branca nas universidades. As cotas teriam esse fim de diminuir essa desigualdade, inserindo o negro no âmbito universitário.

Entendemos que o critério racial deve ser utilizado de forma conjunta com o critério social, ou seja, o beneficiamento com as cotas deve estar

vinculado não somente ao fenótipo do candidato, mas também à sua condição sócio-econômica, para que não se perca a finalidade principal, qual seja, a redução gradativa das desigualdades sociais e raciais.

Vale ressaltar que as ações afirmativas em geral devem se revestir de caráter temporário, ou seja, elas não devem ser medidas que devem permanecer no ordenamento jurídico. A tendência natural é o seu desaparecimento. Daí a discussão não somente adentrar o campo jurídico, mas também o político.

Sendo o sistema de cotas raciais uma medida afirmativa que busca a equalização das oportunidades entre as mais diversas raças (segundo critério multirracial adotado no Brasil), sua natureza temporária requer medidas políticas de investimento pesado na educação.

Assim, entendemos ser o sistema de cotas uma medida constitucional, pelos motivos já delineados, embora a doutrina universalista entenda de forma diversa. Cremos que devemos buscar o bom-senso, aplicando as cotas, desde que aliadas a investimento pesado na distribuição de renda e educação.

Considerando que o país possui uma rede pública de ensino decadente por falta de investimento, sendo vergonhosa a percentagem de renda destinada à educação do país, as cotas raciais, como muitas medidas adotadas no país, poderão ter sua finalidade conspurcada, caso o governo não amadureça a sua atuação no setor educacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático**. In: RDA, Rio de Janeiro: Renovar, v. 217, p.67–78, jul/set, 1999.

ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. 3. ed. Brasília: Editora Unb, 1999.

ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da igualdade e ações afirmativas**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. **Ação afirmativa e os princípios do direito**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Curso de direito constitucional**. 7ª. ed. rev. atual. e ampliada . São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Constituição Aberta**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. In http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

CAVALLI-SFORZA, Luigi Luca. **Genes, Povos e Línguas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003

FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala**. 46ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2002

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

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas**. IN www.mundojuridico.adv.br, Rio de Janeiro, em julho/2002. Acesso em: 15 de junho de 2007.

HASENBALG, Carlos. (1997). O Contexto das Desigualdades Raciais. In: SOUZA, Jessé. (Org.). **Multiculturalismo...** Brasília: Paralelo 15, p. 63-68.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: RT, 1993.

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

PENA, Sérgio et. al. (2000). Retrato Molecular do Brasil. **Revista Ciência Hoje**. vol. 27, nº 159, abr. p. 17-25.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O Princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

_____. **Ação Afirmativa – O Conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. Revista Trimestral de Direito Público, v.15/1996.

_____. **Ação Afirmativa – O Conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. Revista de Informação Legislativa. Brasília. a. 33. n. 131. jul/set 1996. p. 283-295.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

SOUZA, Jessé. (1997). **Multiculturalismo, Racismo e Democracia. Por que comparar Brasil e Estados Unidos?** In: SOUZA, Jessé. (Org.). **Multiculturalismo..** Brasília: Paralelo 15, p.23-35.

VENTURI, Gustavo; TURRA, Cleusa. (Org.). **Racismo Cordial. Folha de São Paulo/Datafolha. A mais Completa Análise sobre o Preconceito de cor no Brasil**. São Paulo: Ática, 1995.