

O DIREITO À IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Comentários ao Estatuto da Igualdade Racial e a
Constitucionalidade das Ações Afirmativas na Educação

Bárbara Natália Lages Lobo

Prefácio

Marciano Seabra de Godoi

2^{da} Edição
Revista e ampliada



Copyright © 2016 by Bárbara Natália Lages Lobo

Published in the United States by Globalsouth Press Inc TM.

All rights reserved. Published in the United States of America

No part of this book may be reproduced or utilized in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, or by any information storage and retrieval system, without written permission from the publisher, except in the case of brief quotations embodied in critical articles and reviews. For information, address GlobalSouth Press Inc., 199 E. Montgomery Suite 100, Rockville-MD. 20850. GlobalSouth Press books are available at special discounts for bulk purchases in the U.S. by corporations, institutions, and other organizations.

For more information, please contact
info@globalsouthpress.com or go to
<http://www.globalsouthpress.com/>

O direito à igualdade na constituição brasileira

By LOBO, Bárbara—2nd ed. — 2016

Includes bibliographical references and index.

ISBN: 978-1-943350-40-7

1. International Studies — Brazilian Law
2. Law— Constitutional Law
3. Law — Racial Equality



Bulent Acma, Ph.D.

Anadolu University, Eskişehir, Turkey.

Flavio Saraiva, Ph.D.

Universidade Nacional de Brasília, Brasília, Brazil.

Helmunt Schlenter, Ph.D.

Institute for Global Dialogue, Pretoria, South Africa.

Tullo Vigevani, Ph.D.

Sao Paulo State University, Sao Paulo, Brazil.

Monica Arruda Almeida, Ph. D.

Georgetown University, Washington, D.C., United States of America.

Yong J. Wang, Ph.D.

Ohio University, Columbus, United States of America.

Chih-yu Shih, Ph.D.

National Taiwan University (ROC), Taipei, Taiwan.

Irene Klumbies, Ph.D.

Jacobs University Bremen, Bremen, Germany.

Sai Felicia Krishna-Hensel, Ph.D.

Center Business and Econ. Develop., Auburn University, Montgomery, United States of America.

José Álvaro Moisés, Ph.D.

Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, Brazil.

À minha mãe, Rafael e Bernardo – meus amores.

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

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

(José Eduardo Agualusa)

SUMÁRIO

Capítulo 1 Introdução	17
Capítulo 2: O princípio da igualdade	21
2.1 Evolução do tratamento jurídico dado aos princípios: do Positivismo ao Pós-Positivismo	21
2.2 O princípio da igualdade	39
2.2.1 Evolução histórica do princípio da igualdade: da Antiguidade ao Estado Democrático de Direito	39
2.2.2 Concepções contemporâneas do princípio da Igualdade: a visão do constitucionalismo brasileiro à luz das teorias de Ronald Dworkin e Jürgen Habermas ...	61
2.2.3 O princípio da igualdade na evolução constitucional brasileira: da Constituição do Império à Constituição da República de 1988	68
Capítulo 3: As ações afirmativas	79
3.1 Origem	79
3.2 Conceito	83
3.3 As ações afirmativas na Constituição da República de 1988	91
3.4 Críticas às ações afirmativas	102
3.5 Implementação das ações afirmativas	119
Capítulo 4: Análise do “Estatuto da Igualdade Racial”: Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010	131
Capítulo 5: As ações afirmativas na Educação	163
5.1 Sistema de cotas	163
5.2 Ações afirmativas nas universidades públicas brasileiras – estudo de caso: Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Universidade de Brasília (UnB)	164
5.2.1 Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)	165
5.2.2 Universidade de Brasília (UnB)	170
5.3 ProUni	172
5.4 Ações afirmativas na Educação previstas na Lei 12.711, de 29 de agosto de 2012	176

Capítulo 6: Análise das ações afirmativas pelo Judiciário	187
Capítulo 7: Cotas para negros em concursos públicos: análise da Lei nº 12.990/ 2014 sob a óptica do direito à igualdade.....	205
7.1 Lei nº 12.990, de 09 de junho de 2014: contextualização e análise normativa.....	205
7.2 Cotas para negros em concursos públicos e o direito à igualdade.....	208
Capítulo: 8 Conclusão	213
Referências	217

Lista de Siglas

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CEFET – Centro Federal de Educação Tecnológica

CF ou CR – Constituição da República Federativa do Brasil

CNPIR – Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial

COFENEN – Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino

ENEM – Exame Nacional do Ensino Médio

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IDH – Índice de Desenvolvimento Humano

LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996)

MEC – Ministério da Educação

ONU – Organização das Nações Unidas

PESB – Pesquisa Social Brasileira

PL – Projeto de Lei

PLS – Projeto de Lei do Senado Federal

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

ProUni – Programa Universidade Para Todos

PUC – Pontifícia Universidade Católica

RE – Recurso Extraordinário

SEPPIR – Secretaria Especial de Políticas e Promoção da Igualdade Racial

SINAPIR – Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

UEAP – Universidade do Estado do Amapá

UENF – Universidade Estadual do Norte Fluminense

UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro

UFF – Universidade Federal Fluminense

UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais

UFPA – Universidade Federal do Pará

UFRS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul

UnB – Universidade de Brasília

USA – United States of America (Estados Unidos da América)

USP – Universidade do Estado de São Paulo

Prefácio

Como evoluiu ao longo dos últimos séculos a noção jurídica de igualdade? À luz de que paradigma histórico do direito à igualdade deve ser interpretado e aplicado a nossa Constituição de 1988? Implementar ações afirmativas por meio de cotas raciais nas universidades brasileiras prestigia ou contraria a Constituição? O Estatuto da Igualdade Racial aprovado pelo Congresso Nacional em 2010 fomentará a integração racial e social do povo brasileiro ou semeará o ódio e a desconfiança? Quais os resultados concretos obtidos até agora pelos diversos tipos de ações afirmativas implementados na sociedade brasileira e em outros países?

No trabalho acadêmico ora publicado, fruto de uma dissertação de mestrado realizada no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, Bárbara Natália Lages Lobo se propôs corajosamente a responder a essas e a outras perguntas com o mesmo teor de atualidade, relevância e controvérsia. O resultado é digno dos mais sinceros elogios, pois apresenta o que se espera das melhores pesquisas científicas na área do Direito: delimitação precisa das hipóteses a investigar, contextualização histórica e social dos problemas, rigorosa revisão da bibliografia existente, exame crítico da jurisprudência e da legislação, além da indispensável contribuição pessoal do autor para o desenvolvimento dos estudos sobre a temática em questão.

As dissertações e teses produzidas na academia jurídica brasileira não raro se vestem de um fátuo eruditíssimo para se perder em elucubrações ocas, incapazes de contribuir direta ou indiretamente para a compreensão e a solução de questões concretas que desafiam a inteligência e a criatividade dos atores e grupos sociais em geral, e dos operadores do direito em particular. O trabalho que tenho a honra de prefaciар não incorre nesses vícios. Ao contrário, mostra-se consciente do papel social do direito e de sua academia.

Termino esse breve prefácio com uma reflexão pessoal sobre o resultado do recente julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do sistema de cotas raciais na Universidade de Brasília (ADPF 186, julgamento finalizado em 26 de abril de 2012). O sistema de cotas raciais nas universidades, fortemente criticado nos meios jurídicos mais conservadores e contra o qual se insurgiram em bloco os veículos tradicionais da mídia impres-

sa brasileira¹, foi considerado válido pela unanimidade dos ministros do STF. Creio que a decisão da Corte foi de todo acertada, e que essa espécie de ação afirmativa mudará significativamente a cultura e a vida universitária brasileira, tornando-a mais plural e democrática. Cabe a todos nós, inclusive àqueles que hoje consideram injusta ou racista a decisão das universidades e do STF, analisar com rigor os resultados sócio educacionais concretos que serão produzidos nas próximas décadas por essa política pública transitória, que tende a ser tão menos necessária quanto menos preconceito remanescer em nossa sociedade.

Marciano Seabra de Godoi

Doutor em Direito Financeiro e Tributário pela Universidade Complutense de Madri (2004). Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (cursos de graduação em Direito, mestrado/doutorado em Direito Público). Advogado e consultor tributário. Diretor-Executivo do Instituto de Estudos Fiscais (IEFi).

¹ Editoriais da Folha de S.Paulo, de O Globo e do Estado de S.Paulo criticaram fortemente e em uníssono a decisão do STF em favor da constitucionalidade das cotas.

Capítulo 1: Introdução

O presente trabalho surge da vontade de investigar as causas de uma das desigualdades mais antigas e cruéis da sociedade brasileira: a desigualdade racial. Após mais de 120 anos de abolição da escravidão e 64 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, subsiste tal desrespeito ao direito fundamental de igualdade, o que exige esforços em todos os sentidos para a sua efetivação.

A dificuldade de enfrentamento do tema se dá pela existência, no Brasil, do chamado racismo institucional, subsidiado pelo mito da democracia racial, ou seja, a discriminação racial brasileira não é oficial,¹ declarada, como nos modelos de *apartheid*, mas velada, de forma a tornar naturais as diferenças sociais existentes entre brancos e negros.

O ano de 2010 se apresentou como um ano histórico para a população negra, com a sanção pelo presidente Luís Inácio Lula da Silva e a publicação da Lei nº 12.288, de 20 de julho, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial no Brasil. Tal norma se apresenta como o início de uma série de mudanças estruturais na sociedade brasileira, sobretudo no que diz respeito ao reconhecimento da existência de discriminação racial e dos prejuízos causados à população negra.

O ano de 2008 já havia se apresentado como um ano de mudanças para a população negra tanto em âmbito nacional, com a constatação de que os negros constituem maioria populacional do País (49,7% da população, enquanto os brancos perfazem o percentual de 49,4%) (IBGE, 2008),² quanto em âmbito mundial, com a eleição para a presidência dos Estados Unidos, ainda superpotência mundial, do primeiro presidente negro de sua história, Barack H. Obama, empossado em 20 de janeiro de 2009.

Segundo dados do IPEA (2008) houve uma diminuição da diferença de renda entre brancos e negros, em razão das diversas políticas públicas adotadas pelo Governo, como por exemplo, o programa “Bolsa Família”, porém, a discrepância ainda é muito significativa. Uma das possibilidades para que esta desigualdade seja mitigada, segundo o IPEA (2008), se dá com a ampliação do

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

2 No Censo realizado pelo IBGE no ano de 2010, constatou-se que, atualmente, a maioria absoluta da população brasileira é composta por negros (51,1%).

acesso à Educação à população negra, o que implicará o aumento de sua participação no mercado de trabalho. Para tanto, o referido instituto reconhece a necessidade de adoção de ações afirmativas.

Devido à amplitude do tema, elege-se como objetivo específico a discriminação racial na educação, vista como causa e consequência do segregacionismo que ocorre em outros setores da sociedade, por exemplo, na família e no mercado de trabalho. Por meio das estatísticas, foram comprovadas as disparidades sentidas a partir da observação do ambiente da universidade: segundo a Síntese de Indicadores Sociais 2010, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2010), no ano de 2009, embora tenha aumentado o número de negros nas universidades, em razão das medidas inclusivas já adotadas em algumas universidades, bem como a execução do Programa Universidade para Todos (ProUni), a diferença entre os brancos que possuem o ensino superior completo e os negros ainda é grande. Segundo a Síntese, enquanto 15% da população branca possui curso superior, somente 10% da população negra possui tal grau de escolaridade, embora, o Brasil possua, atualmente, composição populacional de 48,2% de brancos e 51,1% de negros (IBGE, 2010).³ Por este motivo também, merece destaque a análise da desigualdade racial no âmbito da educação, tendo em vista ser a maioria absoluta da população brasileira composta por negros.

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

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

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

Esta discussão tem ultrapassado o espaço acadêmico e alcançado outros setores da sociedade e do Estado, com o aumento de medidas do Executivo

3 Para que se tenha ideia do impacto de tais medidas, na Síntese de Indicadores Sociais 2009, a proporção era bem diferente: 14,7% da população branca possuía curso superior, enquanto somente 4,7% da população negra possuía tal grau de escolaridade. O aumento se deu, pois, os formandos dos cursos com duração de cinco anos beneficiários de sistemas de reservas de vagas implementados em 2004, bem como beneficiários do ProUni não haviam sido contabilizados.

instituidoras de ações afirmativas, com a aprovação pelo Congresso Nacional da Lei nº 12.711/2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais, numa tentativa de justiça distributiva inovadora, além das causas levadas ao Judiciário – decididas historicamente, em 2012, pelo Supremo Tribunal Federal que reconheceu a constitucionalidade do sistema de reserva de cotas raciais nas universidades – Universidade de Brasília (UnB) e Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRS), bem como do ProUni.

O que se pretende com as ações afirmativas na Educação é a ampliação do acesso ao ensino superior público àqueles que dele vem sendo excluídos – seja pela cor da pele, seja pela condição financeira, seja pela má qualidade do ensino fundamental e médio público do País – como forma de se assegurar o pluralismo intrínseco ao paradigma do Estado Democrático de Direito, bem como efetivação do princípio da igualdade previsto no texto constitucional.

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

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

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

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

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

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

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

No Capítulo 4, de forma pioneira, analisa-se a Lei nº 12.288, publicada em 20 de julho de 2010, que institui o Estatuto da Igualdade Racial, comentando-se os seus dispositivos.

O Capítulo 5 dedica-se à análise das ações afirmativas no âmbito da educação, inicialmente, verificando a origem do instituto nas universidades brasileiras pioneiras, quais sejam, UERJ, no âmbito nacional, e UnB, no âmbito federal, com a verificação de que forma essas ações se desenvolveram, bem como os primeiros resultados apresentados por estas universidades.

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

Neste capítulo, analisa-se e reflete-se sobre as previsões da Lei nº 12.711/2012, que visam à instituição de cotas para alunos oriundos de escolas públicas, além de negros, indígenas e estudantes de classe social baixa.

Finalmente, examina-se o debate do tema no Judiciário, por meio da análise das ações judiciais que envolvem o tema em questão, destacando-se as recentes decisões da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 e do Recurso Extraordinário nº 597.285/RS, que debatem as ações afirmativas e a reserva de vagas no ensino superior, bem como a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.330, que versa sobre a constitucionalidade do ProUni – todas favoráveis à continuidade dos programas, representando significativa vitória na luta contra a discriminação racial e importante releitura do princípio da igualdade.

Como produto da ampliação e revisão desta 2ª edição, foi acrescentado um capítulo no qual se estuda a Lei nº 12.990, publicada em 09 de junho de 2014, que introduziu a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. A referida análise restringir-se-á à interpretação preliminar da norma, não sendo possível, ainda, que se disserte sobre o seu resultado, dado o seu recém-nascimento.

A presente obra é fruto da verificação pela autora de uma mudança no colorido da população das universidades brasileiras, após a execução de políticas públicas voltadas para a inserção dos alunos negros nas instituições de ensino superior, bem como da possibilidade de empoderamento da população negra, mediante o acesso ao conhecimento e a possibilidade de transformação social daí advinda.

Capítulo 2: O princípio da igualdade

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

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

Buscar-se-á o entendimento da doutrina nacional e estrangeira, sobretudo, de Ronald Dworkin, Robert Alexy e Humberto Ávila, grandes expoentes da hermenêutica jurídica, sendo que os dois primeiros revolucionam a teoria principiológica, rompendo com o Positivismo e reconhecendo definitivamente a normatividade dos princípios.⁴ Já Ávila faz uma releitura da teoria desses autores, intentando certa inovação, ganhando o seu estudo cada vez mais destaque na doutrina jurídica.

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

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

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

O Jusnaturalismo surge no pensamento grego, perdurando até o advento da Escola Histórica do Direito, no século XIX. A ideia de Direito Natural surgiu

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

da busca por princípios gerais que fossem válidos para todos os povos em todos os tempos.

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

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

A respeito dessa nova fase Jusnaturalista,⁵ o Professor José Adércio Leite Sampaio (2004) pontua alguns aspectos gerais, como o individualismo antropocêntrico, fruto da transição do paradigma teocêntrico para o antropocêntrico, considerado marco da Modernidade. O indivíduo passa a ser o centro da fundamentação do Direito, a partir do reconhecimento de sua autoconsciência.

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

Os jusnaturalistas defendiam a existência de alguns direitos naturais, inalienáveis e anteriores ao Estado, inserindo-se nesse período as teorias contratualistas de Hobbes,⁶ Locke⁷ e Rousseau.⁸

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

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

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

8 O contrato social é expressão da vontade geral. A respeito da teoria de Rousseau, Habermas afirma que: “Através do *medium* de leis gerais e abstratas, a vontade unificada dos cidadãos está ligada a um processo de legislação democrática que

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

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

As Revoluções Científica e Filosófica, com a crença no poder de conhecimento de todos os fatos por meio da ciência, sustentaram o Positivismo, com a concepção do Direito com a mesma lógica das ciências exatas, não se permitindo que a ciência jurídica fosse fundada em juízos de valor, mas em juízos de fato.⁹ Hodiernamente alvo das maiores críticas no Direito, o Positivismo Jurídico representou, à sua época, importante avanço jurídico, no sentido de sujeição estatal a um conjunto de normas escritas e impessoais.

Impõe-se no Positivismo a separação absoluta entre o Direito e a Moral, sendo que somente o Direito escrito (Lei) é válido e somente nele devem se basear as decisões judiciais. Há, assim, a proeminência do Poder Legislativo, em detrimento do Judiciário. É o legislador a “fonte principal do direito” (BOBBIO, 2006, p. 171), enquanto o juiz é “fonte subordinada” (BOBBIO, 2006, p. 172), uma vez que somente diante da ausência de norma para uma dada situação concreta, permite-se a discricionariedade do juiz, podendo o mesmo atuar como se fosse legislador, conforme nos ensina Bobbio (1999, p. 118), ao estudar o Positivismo.¹⁰

Nesse diapasão surge, sobretudo nos países anglo-saxões, a escola denominada realista, que se levantou contra a tradição positivista de aplicação mecâni-

exclui *per se* todos os interesses não universalizáveis, permitindo apenas regulamentações que garantem a todos as mesmas liberdades subjetivas” (HABERMAS, 1997, p. 136). Resta clara a tentativa de universalização de direitos, recorrente na doutrina jusnaturalista.

9 BARCELLOS; BARROSO, 2003, p. 475.

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

ca do direito. Esta teoria amplia a concepção de normas jurídicas do Positivismo, tidas somente no âmbito da validade e passam a analisá-las quanto à eficácia.

Tal teoria leva em consideração a importância substancial dos juízes na produção das normas jurídicas, sendo que o direito (mesmo legislado) que não é aplicado pelo juiz, é somente *flatus vocis*¹¹ (BOBBIO, 2006, p. 144).

Esse ponto de vista inaugura a teoria sociológica do direito, que buscava a análise da instituição do Judiciário, principalmente, a análise dos fatos que circundavam os juízes e as circunstâncias e motivações que os levavam às suas decisões. Passa-se então a questionar se os juízes sempre seguem as regras ou se também, frequentemente, criam regras (principalmente quando se trata de casos inusitados). Nessa perspectiva, surge a corrente pós-realista liderada pelo inglês Herbert L. A. Hart.¹²

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

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

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

No Positivismo, os princípios passam a ser inseridos nos códigos como fontes normativas, não se sobrepondo à Lei, mas extraídos desta e nela introduzidos. E sua validade advém de derivarem das próprias leis. Carecem, entretanto, de normatividade, existindo doutrinas que negavam, ainda, a sua existência.¹³

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

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

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

A decadência do Positivismo se dá com o fim da 2ª Guerra Mundial, influenciada pelo movimento filosófico existencialista, quando se reconheceu que o ordenamento jurídico desprovido de preocupações sociais e morais levou às consequências da guerra: fascismo, nazismo, etc.¹⁴ Surge, então, a necessidade de reaproximação entre Direito e Moral, reaproximação esta que se apresenta como traço fundamental da teoria pós-positivista.¹⁵ Isto se reflete no reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos, vistos como expressões jurídicas de normas morais.¹⁶ Isso permitiu ao Professor Marcelo Cattoni de Oliveira afirmar que “a moralidade se reflete na legalidade, no sentido de que a ordem jurídica só pode ser legitimada se não entrar em contradição com os princípios morais fundamentais” (OLIVEIRA, 2002, p. 69).

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

14 Optou-se por colocar como marco da transição do Positivismo para o Pós-positivismo tal evento social, em virtude das teorias principiológicas (reconhecendo a normatividade dos princípios) que surgiram após a 2ª Guerra. O Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004) afirma que tal ruptura paradigmática teve origem nas ciências naturais e exatas, quando o modelo de ciência copernicano, galileano e newtoniano, cujo centro era o “princípio da causalidade” (fundado na relação causa/consequência), foi substituído por um modelo preocupado com as exceções às leis formuladas anteriormente pela ciência. A Psicologia também sofre uma reviravolta consequente do surgimento da psicanálise freudiana, que reconhece que o homem não é somente guiado pela sua razão. Na Filosofia tal ruptura se deu com a reviravolta linguística, que veio a substituir a relação sujeito/objeto por uma relação sujeito/sujeito.

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

16 MOTA, 2006, p. 18-19.

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

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

Posteriormente, o italiano Vezio Crisafulli vem contribuir de forma significativa para a teoria principiológica, reconhecendo, definitivamente, a normatividade dos princípios,¹⁷ bem como que os mesmos seriam tanto o ponto de partida, quanto o ponto de chegada, para a interpretação das normas particulares.

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

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

Ronald Dworkin inicia a publicação de sua teoria jurídica, em 1967, com uma clara e assumida crítica ao Positivismo,¹⁸ concepção preponderante do Direito, ainda na década de 1960. Segundo a compreensão dworkiana do Positivismo, o Direito seria constituído apenas por regras. Norma significava sempre

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

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

regra, sendo que esta possui “textura aberta” (DWORKIN, 2002, p. 35), permitindo mais de uma interpretação, o que possibilitaria ao juiz decidir por meios alheios ao Direito, caso a situação em tela não fosse diretamente abarcada por uma regra. Os princípios não eram vistos como direito.

O foco da crítica de Dworkin (2002) é a teoria de Herbert L. A. Hart (1907-1994), então o maior expoente do Positivismo jurídico, que negava a existência de vínculo entre o Direito e a Moral e concebia o sistema jurídico como um sistema fechado de regras, sendo que essas somente eram válidas se passassem por um “teste de reconhecimento”.¹⁹ No caso das normas válidas se mostrarem insuficientes para a resolução de um caso, os juízes poderiam resolvê-los por meio de “argumentos não exigíveis juridicamente” (MOTA, 2006, p. 36).

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

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

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

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

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

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

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

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

Dworkin apresenta outra diferença entre princípios e regras na situação em que as normas entram em conflito: uma antinomia de regras resolve-se pelos critérios de especialidade, cronologia e generalidade, sendo uma delas declarada inválida e excluída do ordenamento jurídico. O mesmo não ocorre com os princípios, dada a sua dimensão de peso, devendo ser analisado o caso concreto. Cruciais para o entendimento são as próprias palavras do autor:

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

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

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

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

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

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

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

É justamente neste ponto que Dworkin (2002) reconhece a insuficiência da doutrina positivista. Ou seja, o modelo de que só existem regras não se sus-

tenta em face dos casos difíceis, quando se constata que as obrigações jurídicas frequentemente são impostas por princípios.

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

Reconhecendo de vez o caráter deontológico dos princípios, a normatividade e a vinculação dos juízes aos mesmos, Dworkin é considerado como o marco do Pós-positivismo,²⁰ ganhando a sua doutrina adeptos, dentre eles Robert Alexy, que também constrói sua teoria principiológica com a intenção de distinguir sistematicamente regras de princípios.

Alexy, na década de 1980, analisa a forma de aplicação da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (Constituição alemã) pelo Tribunal Constitucional deste País e formula a sua teoria sobre os direitos fundamentais. Ao estudar a estrutura das normas de direitos fundamentais tal como aplicadas pelo Tribunal Constitucional alemão, Alexy considera a distinção entre regras e princípios de suma importância, vez que se apresenta como “uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”²¹ (ALEXY, 1993, p. 81, tradução nossa).

Rejeitando os critérios tradicionais de distinção entre regras e princípios, assim como Dworkin já havia feito na década de 1960, Alexy formula uma tese de diferenciação qualitativa entre regras e princípios, não fundamentada no grau de abstração (caráter de generalidade – segundo esta teoria, os princípios dife-

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

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

renciaem-se das regras, pois estas possuem menor grau de generalidade, enquanto aqueles possuem maior grau) (ALEXY, 1993).

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

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Consequentemente, os princípios são *mandamentos de otimização* que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida do seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, mas, também, das jurídicas.²² (ALEXY, 1993, p. 86, tradução nossa)

O autor afirma que a sua distinção entre princípios e regras se apresenta mais clara no caso de conflito entre estas e colisão entre aqueles.²³ O que há de comum entre a colisão e o conflito é que em ambos os casos há possibilidade de aplicação de dois princípios ou duas regras, levando cada um deles a um resultado diverso do outro, contraditório. O que os diferencia é a forma de sua solução.

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

Declarada a invalidade de uma regra, a mesma é eliminada do ordenamento jurídico. Essa eliminação não tem regra *a priori*. Podem ser estabelecidos critérios, tais como, Lei posterior que derroga a anterior, Lei especial que derroga a geral e, segundo o autor, considerar ainda a importância das regras em conflito,

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

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

sendo declarada inválida a menos importante. O que o autor destaca é que a decisão em um conflito de regras se dá acerca da validade.

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

Assim, os conflitos entre regras se resolvem na dimensão da validade, enquanto a colisão entre princípios se resolve “na dimensão do peso” (ALEXY, 1993, p. 89, tradução nossa),²⁴ devendo ser estabelecida para sua solução uma “relação de precedência condicionada” (ALEXY, 1993, p. 92, tradução nossa),²⁵ ou seja, havendo algumas condições e circunstâncias, um princípio precede ao outro, havendo condições e circunstâncias diversas, o caso pode ser solucionado de maneira diferente.

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

Assim, Alexy (1993) reconhece os princípios e as regras como fundamentos das ações, distinguindo-os segundo as razões: os princípios são sempre razões *prima facie*, o que não impede que, por si só, fundamentem decisões judiciais, uma vez que podem referir-se tanto a direitos individuais quanto a direitos coletivos; enquanto as regras, se não possuem uma cláusula de exceção, são razões definitivas.²⁶

Em face da amplitude do mundo dos princípios (podem se referir tanto a direitos individuais quanto coletivos), Alexy (1993) o considera um “mundo do dever ser ideal”, porém, no “mundo do dever ser definitivo ou real”, os princípios se chocam, sendo inevitável para o autor que os princípios sejam sopesados, devendo se estabelecer em cada caso concreto uma relação de preferência.²⁷

24 [...] *en la dimensión del peso.*

25 [...] *relación de precedencia condicionada.*

26 ALEXY, 1993, p. 101-109.

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

É esta relação de preferência o foco da crítica que se faz à teoria alexyana. Tal crítica se fundamenta na aproximação que o autor faz de princípios e valores, reconhecendo a estreita ligação entre os mesmos, considerando o fato de que ambos podem colidir e ser ponderados, bem como a possibilidade de seu cumprimento gradual (na maior medida possível), embora reconheça o caráter axiológico dos valores e o caráter deontológico dos princípios.²⁸

Apesar de o autor fazer uma distinção nominal entre princípios e valores, os críticos à sua teoria não reconhecem tal distinção devido à relação de preferência que o autor estabelece diante da colisão de princípios. Tais críticos afirmam que não há que se falar em tal relação de preferência, tendo em vista o caráter deontológico dos princípios.²⁹

Habermas (1997) é o principal formulador da crítica à doutrina alexyana e à teoria da jurisprudência de valores, destacando as principais diferenças entre princípios e valores, sobretudo, quanto ao caráter deontológico dos primeiros e, teleológico, dos segundos. O autor também distingue normas de valores, considerando que as normas seguem uma lógica binária (são válidas ou inválidas), enquanto os valores são regidos por relações de preferência, bem como de que não é possível a convivência entre normas incoerentes no mesmo sistema:

Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir

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

29 Habermas o faz em *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. 1 (1997, p. 258), fundamentando a mesma crítica por Galuppo, em *Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas* (2002, p. 183).

direcionado a um fim. [...] A validade deontológica de normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos. Ao passo que a atratividade de valores tem o sentido relativo de uma apreciação de bens, adotada ou exercitada no âmbito de formas de vida ou de uma cultura: decisões valorativas mais graves ou preferências de ordem superior exprimem aquilo que, visto no todo, é bom para nós (ou para mim). Normas diferentes não podem contradizer umas às outras, caso pretendam validade no mesmo círculo de destinatários; devem estar inseridas num contexto coerente, isto é, formar um sistema. Enquanto valores distintos concorrem para obter a primazia, na medida em que encontram reconhecimento intersubjetivo no âmbito de uma cultura ou forma de vida, eles formam configurações flexíveis e repletas de tensões. (HABERMAS, 1997, p. 316-317)

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

A doutrina nacional também vem se destacando na teoria principiológica pós-positivista,³⁰ o que levou Humberto Ávila a afirmar que se vive em um “Estado Principiológico” (ÁVILA, 2006, p. 23) em razão da imensa quantidade de debates sobre princípios.

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

30 Merecendo destaque Virgílio Afonso da Silva (2003), Humberto Ávila (2006), Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos (2003), Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2007), Marcelo Galuppo (2002), Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti (2011), dentre outros, sendo que neste trabalho a doutrina que merecerá maior atenção é a de Humberto Ávila, tendo em vista a projeção que sua teoria vem alcançando no cenário nacional e internacional.

Inicialmente, rompe o autor com o Positivismo em sua concepção de texto e norma, afirmando que a existência da norma independe da existência de dispositivo, isto porque as normas são o resultado da interpretação dos textos normativos.³¹ O autor cita como exemplos de normas que não têm dispositivos os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito. Também há a possibilidade de haver dispositivo sem norma, como, por exemplo, a menção do preâmbulo constitucional à “proteção de Deus”.

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

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

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

O autor cita exemplos de regras que não obedeceram ao *all or nothing*: cita o artigo 224 do CP, qual seja, o do estupro presumido. A relação sexual com uma pessoa com idade inferior a 14 anos configura estupro. Porém, em decisão, o STF não considerou estupro presumido o que ocorreu com uma menor, com 12 anos de idade, aparentando mais idade, bem como a aquiescência da mesma, o que deixou de configurar o tipo penal. Ou seja, o caráter absoluto da regra foi relativizado, devido às circunstâncias peculiares do caso concreto.³²

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

Além do questionamento sobre o caráter absoluto das regras, Ávila (2006) atenta para o fato de haver regras que não possuem um conteúdo absolutamente

31 ÁVILA, 2006, p. 30.

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

determinado, como por exemplo, a regra de não incidência de impostos sobre os livros e o enquadramento dos livros eletrônicos em tal conceito. Assim, o método de classificação de regras e princípios embasados em uma distinção “tudo ou nada” se mostra insuficiente.

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

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

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

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

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

[...] a diferença entre princípios e regras não está no fato de que as regras devam ser aplicadas *no todo* e os princípios na *medida máxima*. Ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de tal modo que seu conteúdo de dever ser seja realizado totalmente. Tanto as regras quanto os princípios possuem o mesmo conteúdo de dever-

ser. A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação: os princípios não determinam diretamente (por isso *prima-facie*) a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção do fim; as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já está previsto frontalmente pela norma. (ÁVILA, 2006, p. 63)

Concorda-se com a distinção entre princípios e regras feita acima, tendo em vista que não há uma distinção radical entre princípios e regras, o que deve ser considerado é que ambos são normas e como tais devem ser realizados e respeitados, sem a supremacia de uma espécie normativa sobre outra. Pode-se resumir a distinção entre princípios e regras feita por Humberto Ávila da seguinte maneira: regras são normas que prescrevem comportamentos, já princípios são as normas que prescrevem fins a serem alcançados, significando que os fins previstos pelos princípios devem ser efetivamente buscados (não é mera faculdade do aplicador do Direito, tendo em vista que o referido autor reconhece o caráter deontológico dos princípios).³³

E, partindo do pressuposto de que o dispositivo só é norma quando interpretado, Humberto Ávila (2006) afirma a possibilidade de extração, de um mesmo dispositivo, de todas as espécies normativas: regras, princípios e postulados.³⁴

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

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

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

A título de exemplo de como se podem extrair de um mesmo dispositivo uma regra, um princípio e um postulado, o autor cita o dispositivo constitucional que exige lei para a instituição ou majoração de tributos. Segundo Ávila (2006, p. 69), do referido dispositivo pode se inferir que se caracteriza como regra, pois para se criar ou aumentar tributos é necessária uma lei – esta é a condição; princípio, na medida em que preza pela segurança jurídica e como postulado, pois o ordenamento jurídico condiciona a aplicação e interpretação da Lei.

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

Ressalta, ainda, o autor que quando os fins previstos pelo princípio não são alcançados, os princípios não são concretizados. O que se deve destacar é que o caráter finalístico dos princípios não implica faculdade quanto a sua concretização, mas sim um dever,³⁵ rechaçando também o autor que os princípios possuam caráter axiológico.

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

Apresentadas algumas das principais doutrinas principiológicas nacional e estrangeiras, pode-se concluir que a evolução da teoria dos princípios se deu no sentido de reconhecimento da normatividade dos mesmos, sobretudo, com a sua constitucionalização,³⁶ sendo impossível se pensar, atualmente, no ordenamento jurídico desprovido de tais normas.

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

2.2 O princípio da igualdade

2.2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE: DA ANTIGUIDADE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O estudo do tratamento jurídico dado aos princípios elucida também de que forma o princípio da igualdade foi percebido ao longo do tempo no que tange à sua normatividade. Porém, a concepção de tal princípio, ou seja, sua definição em si apresenta diferentes roupagens nos diversos paradigmas,³⁷ devido à própria dinamicidade do Direito.³⁸ Faz-se necessária a compreensão da sua evo-

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

37 Influenciado pelo Professor Menelick de Carvalho Netto (que destaca a contribuição de Thomas Kuhn para a presente questão), Álvaro Ricardo de Souza Cruz elabora o seguinte conceito de paradigma: “Paradigmas são realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade praticante de uma ciência” (CRUZ, 2005, p. 2, nota de rodapé). Dessa forma, paradigma é o conjunto de conhecimentos e ações sociais que se sobressaíram, definindo uma dada sociedade em um determinado período, de forma a poder enquadrá-la em um padrão.

38 O Direito, por ser uma ciência social aplicada, não é uma ciência estática, acom-

lução para que fique mais claro de que forma tal princípio é interpretado hoje.³⁹

Os paradigmas serão divididos em dois grandes períodos, quais sejam, Antiguidade e Contemporaneidade,⁴⁰ sendo este último subdividido em três outros paradigmas: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito.

Iniciaremos o nosso estudo na Antiguidade clássica, com o exame das civilizações grega e romana, tendo em vista que o conceito de igualdade contemporâneo é fruto de uma longa evolução que se inicia nesse período. Vejamos.⁴¹

panhando as mudanças sociais, econômicas e culturais, devendo ser sensível ao contexto em que se encontra.

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

40 A utilização do termo “contemporaneidade” abarca os termos “modernidade” e “pós-modernidade”. A adoção por uma ou outra nomenclatura é refletida por Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti: “A questão da justiça, em função dos próprios critérios que inauguraram a modernidade, renova-se como exercício de Filosofia do Direito ao tematizá-la como problema a ser enfrentado cotidianamente pelo exercício da democracia e da prática do constitucionalismo. O que conduz diversos autores a postularem o rótulo de pós-modernidade, de modo a atribuir uma especificidade estrutural tão grande aos tempos em que vivemos quanto à havida na passagem das sociedades tradicionais para a sociedade moderna? É precisamente o reconhecimento das pretensões excessivas atribuídas à racionalidade humana na modernidade, que seria capaz de revelar verdades eternas, imutáveis, a-históricas, bem como o reconhecimento dos altos custos pagos pela crença nesse mito. Na companhia de Niklas Luhmann e Jürgen Habermas, no entanto, preferimos reconhecer nossos tempos como mais modernos do que aqueles dos homens que cunharam esse termo para designar a sua época, exatamente por não mais acreditarmos naquela racionalidade, mítica, na ciência como saber absoluto. Acreditamos que vivemos, sim, em uma época ainda moderna, em uma modernidade tardia, que pode ser mais sábia, mais moderna, do que a própria modernidade que a antecedeu, em razão do que fomos capazes de aprender com as nossas próprias vivências. A modernidade revela-se assim como um projeto inacabado” (NETTO; SCOTTI, 2011, p. 25).

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

2.2.1.1 *Da Antiguidade clássica à Modernidade*

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

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

Embora a desigualdade e a insatisfação dos pobres não fossem eliminadas, o governo de Sólon é considerado⁴² marco da transformação da oligarquia aristocrática ateniense em democracia, o que ocorreu quando Clístenes assumiu o poder, após a morte do tirano Psístramo, em 527 a.C.:

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

A possibilidade de participação de todos os cidadãos atenienses nas decisões políticas da *Pólis* se apresenta como um ideal de igualdade presente nas civilizações ocidentais desde então.⁴³ Apesar de o conceito de cidadão da época não abranger as mulheres, os escravos e os estrangeiros residentes, quanto aos homens livres não se pode deixar de reconhecer o pioneirismo grego no conceito de igualdade perante a Lei.

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

42 *Vide* BLOCH, 1974.

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

incompetente” (DURANT, 2000, p. 31).⁴⁴ O enfraquecimento do governo foi de extrema contribuição para a conquista da Grécia por Felipe II, em 338 a.C., que viria a substituir as cidades-estados (*Pólis*) por um império.

Contemporâneo dessas mudanças, Platão (429-347 a.C.), seguindo os ensinamentos de Sócrates, formulou sua teoria política criticando a democracia e defendendo a ideia de que o governo correto seria aquele constituído somente pelos homens mais sábios, os filósofos, rejeitando a participação do cidadão comum na vida política do Estado.⁴⁵

Diferentemente de Platão, Aristóteles (384-322 a.C.) ampliava a participação política na *Pólis*⁴⁶ e se apresenta como o pensador grego que mais se destaca na formulação da teoria da igualdade.

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

Aristóteles via os escravos como propriedades de seus senhores, como “uma ferramenta para manejar ferramentas” (ARISTÓTELES, 2000, p. 148), numa coisificação do escravo,⁴⁷ visto pelo filósofo de Atenas como mero objeto,

44 Pode-se citar como exemplo do abalo à democracia ateniense a redução da liberdade de expressão, com a condenação de Sócrates à morte, em 399 a.C., acusado de corromper a juventude com suas ideias e sua crítica à democracia. Will Durant ilustra o sentimento da população ateniense em relação ao “Pai da Filosofia”: “Calcule os sentimentos de Anito, o líder democrático cujo filho se tornara discípulo de Sócrates e, depois, voltara-se contra os deuses de seu pai e ria na cara do pai. [...] E então veio a revolução, e homens lutaram a favor e contra, com virulência até a morte. Quando a democracia venceu, o destino de Sócrates ficou decidido: ele era o líder intelectual do partido revoltoso, por mais pacífico que pudesse ter sido; era a fonte da odiada filosofia aristocrática; era o corruptor de jovens inebriados pelo debate. Seria melhor, disse Anito a Milito, que Sócrates morresse” (DURANT, 2000, p. 35-36).

45 Para aprofundamento, recomenda-se a leitura do “Livro V” de *A República* (2000).

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

47 E em uma analogia que, hoje, provoca arrepios, afirma: “Sem dúvida, o uso dos

pertencendo inteiramente ao seu senhor. O autor justifica a validade da existência de escravos por uma determinação natural: “aquele que pode antever, pela inteligência, as coisas, é senhor e mestre por natureza; e aquele que com a força do corpo é capaz de executá-las é por natureza escravo” (ARISTÓTELES, 2000, p. 144).

A distinção feita pela “natureza” (ARISTÓTELES, 2000, p. 164) foi a justificativa utilizada por Aristóteles para afirmar a superioridade do homem em relação à mulher e às crianças, aduzindo, ainda, que a exigência de virtude do homem é maior do que a dos seus inferiores.

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

Em *Ética a Nicômaco*, o pensador grego define o igual como meio-termo relativamente aos homens. O entendimento sobre o que é igual seria para Aristóteles, de forma grosseira, não uma questão matemática de meio-termo, mas qualitativa.⁴⁸ O nome dessa virtude seria *mediania* (ARISTÓTELES, 1984, p. 73).

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

Inicialmente, Aristóteles compreende a justiça como o respeito à lei, dessa forma, a justiça seria a “maior das virtudes” (ARISTÓTELES, 1984, p. 122), pois é a única virtude cuja prática é exercida tanto sobre si mesmo, quanto sobre o próximo (o outro). Considerando que a lei nem sempre é perfeita, o filósofo define como uma das espécies de justiça a equidade, que é a possibilidade de se corrigir a deficiência de uma lei “em razão de uma universalidade” (ARISTÓTE-

escravos e dos animais domésticos não é muito diferente, uma vez que em ambos o corpo atende às necessidades da vida” (ARISTÓTELES, 2000, p. 151).

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

LES, 1984, p. 136), caso em que se faz necessário o uso do decreto. E compara o decreto a uma régua de chumbo, maleável, que se adapta às medidas de uma pedra, possibilitando, assim, a sua medição.

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

Tendo em vista que o meio-termo de Aristóteles é qualitativo, assim também o é a sua definição de igualdade, inaugurando aqui o conceito de igualdade geométrica (ou seja, dar a cada um aquilo que seria seu – tarefa que o filósofo atribui ao juiz).⁴⁹

Enquanto a civilização grega antiga restringia-se aos limites da *Pólis*, a civilização romana do período visava à expansão, no sentido de se tornar um Império, o que veio a ocorrer no ano de 27 a.C. Antes, porém, Roma era uma república constituída por patrícios e plebeus, sendo que estes últimos eram colocados em situação inferior.⁵⁰ Roma encontrava-se sempre em estado de guerra e, nessas situações, prometia aos plebeus o perdão de suas dívidas, caso os mesmos “estivessem dispostos a enfrentar o inimigo” (BLOCH, 1974, p. 58). Porém, os patrícios não cumpriam com o prometido.

Revoltados com tal situação, os plebeus iniciaram uma luta pela igualdade, ameaçando Roma de se desligarem – o que seria maléfico para Roma, tendo em vista que os plebeus constituíam contingente significativo nas guerras – e, através de ameaças e recusas a combaterem, pugnaram por reformas econômicas e políticas que lhes possibilitassem a conquista da igualdade jurídica. Os plebeus obtiveram significativa conquista com a Lei das Doze Tábuas, escrita em 450 a.C., porém, somente foram reconhecidos como cidadãos, tais quais os patrícios, em 287 a.C.⁵¹

49 *Vide* ARISTÓTELES, 1984, p. 126.

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

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

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

A expansão propiciou aos romanos o contato com o Direito de vários povos, incluindo a Grécia. Com a absorção de algumas práticas jurídicas desses povos ao direito romano, formulou-se o *jus gentium*, aplicável a todo o Império.⁵²

Em 27 a.C., Otávio Augusto derrotou as tropas de Marco Antônio e Cleópatra, vindo a se tornar imperador de Roma, o que significou o fim da aristocracia e a concentração de poder nas mãos de um só homem.⁵³

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

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

Registre-se também a melhora das condições de vida das mulheres, que tiveram a liberdade ampliada com a redução da dependência de consentimento marital para realização de atos da vida civil.⁵⁴ Podemos perceber aqui relativo avanço da civilização romana em comparação com a grega.

O Império Romano tem o seu fim associado à decadência do seu exército que, enfraquecido, possibilitou invasões germânicas, o que gerou grande crise

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

53 Vide PETIT, 1979, p. 259.

54 Vide VENOSA, 2004, p. 38.

econômica.⁵⁵ Em razão da crise, o modo de produção baseado na escravidão foi gradativamente substituído pela agricultura de subsistência, baseada na servidão. Outro fator de decadência foi a ascensão da aristocracia rica, que propiciou a descentralização política e econômica, com a aquisição de grandes propriedades (latifúndios), configurando o nascimento do Feudalismo.

Contudo, não há como negar as modificações e influências do Império Romano quanto à conformação da ideia do direito moderno,⁵⁶ bem como a principal transformação religiosa da civilização ocidental, qual seja, o nascimento do Cristianismo, tendo, como grande difundidor, São Paulo (5 d.C. – 67 d.C.).⁵⁷

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

A importância da doutrina cristã na concepção da igualdade situa-se em seu ideal fraternal “Amarás teu próximo como a ti mesmo” (*Mateus*, cap. 22, vers. 39), significando a crença na união de todos os cristãos em Cristo, conforme passagem bíblica: “Nisto não há judeu nem grego; não há servo nem livre; não há macho nem fêmea: porque todos vós sois um em Cristo Jesus” (*Gálatas*, cap. 3,

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

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

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

vers. 28). Contudo, a escravidão era instituição que persistia, embora combatida por muitos cristãos, bem como o tratamento das mulheres como seres inferiores.

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

Com exceção da Itália, a vida urbana dava lugar à vida rural das grandes propriedades (feudos), nas quais concentrava-se o poder político, caracterizado pela descentralização, tendo em vista que cada feudo tinha o seu senhor – fonte das normas em cada propriedade, constituindo Direito, Moral, Religião, Política e Ética um só amálgama normativo (NETTO, 1997, p. 474), não existindo diferenciação sistêmica.⁵⁸

Não há que se falar em igualdade no Feudalismo, tendo em vista ser a sociedade rigidamente estratificada em nobreza, clero, povo e, abaixo de todos, os servos (“sociedade de castas”, nos dizeres do Professor Menelick de Carvalho Netto (1997), com crença na predestinação, justificada pela vontade divina, o que implicava a impossibilidade de ascensão social (quem nasceu servo, servo seria até a sua morte, assim como seus filhos e as gerações seguintes).⁵⁹

No período feudal, as mulheres também eram consideradas inferiores aos homens e estavam sujeitas à sua autoridade. A interpretação da passagem bíblica de Eva possibilitou a alguns religiosos demonizarem as mulheres, sobretudo, as prostitutas.⁶⁰

No século XI, o aumento da produção agrícola nos feudos movimentou o comércio propiciando o re florescimento da vida urbana nas rotas mercantis. Nesse contexto, alguns países europeus, como Inglaterra e França, centralizaram seu poder político, porém alguns abusos do rei eram contidos por meio de re-

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

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

60 Para estudo mais aprofundado, recomenda-se a leitura de *Sexo, desvio e danação: as minorias na Idade Média*, de Jeffrey Richards (1993).

voltas, tendo como exemplo mais significativo destas a revolta dos barões com o Rei João.⁶¹ (1199-1216) da Inglaterra, que culminou na imposição ao rei da chamada Magna Carta, que previa limitações ao poder do rei, mas nada estatuiu acerca da igualdade.

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

A transição da Idade Média (séculos V a XV) para a Idade Moderna (séculos XV a XVIII) é lenta e influenciada por vários fatores que ocorreram no período entre o Renascimento⁶² e o Iluminismo, no século XVIII. A transição se dá em meio à Reforma Protestante, à consolidação do Capitalismo, à Revolução Científica e ao Racionalismo Filosófico.⁶³

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

62 O Renascimento (1350-1600) teve origem na Itália e foi um movimento, sobretudo nas artes, de valorização da natureza humana (Humanismo). Destaca-se, na ciência política, simbolizando o avanço do desenvolvimento da concepção de mundo com a tendência do afastamento de Estado e Igreja (*Vide* BIRIUKOVITCH; LEVITSKI, 1979, p. 181).

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

A Reforma Protestante⁶⁴ foi um movimento desencadeado por Martinho Lutero, em 1517, em face dos abusos cometidos pela Igreja Católica, como por exemplo, a corrupção e a venda de indulgências. O monge alemão escreveu 95 teses, difundidas pela Europa de forma rápida em razão da invenção da imprensa, nas quais questionava os abusos cometidos pela Igreja, bem como a necessidade de se recorrer à mesma na busca pela salvação. Suas ideias ganharam a adesão de grande parte do povo, o que expressou o descontentamento popular com a Igreja, fazendo com que o Protestantismo se tornasse forte em vários pontos da Europa, dentre eles, Alemanha e Inglaterra.⁶⁵

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

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

A formação dos Estados Nacionais (séculos XVI e XVII), através da afirmação do poder dos reis com o Absolutismo, concomitantemente com a expansão econômica ultramarina (expansão do mercado), na busca por dinheiro e poder, permitiram o aumento e concentração de riquezas, o que propiciaria a ascensão do Capitalismo. Data dessa época o comércio de escravos africanos, sobretudo por Portugal, Inglaterra, França e Holanda.⁶⁶

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

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

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

A movimentação de prata na Europa e o aumento demográfico do período fizeram com que as mercadorias se tornassem insuficientes para a população, o que resultou no aumento dos preços dos produtos básicos. Tal alta dos preços resultou na expansão da agricultura, transformando a produção agrícola, antes feudal, de subsistência, em uma atividade comercial lucrativa e de grande extensão, o que também permitiu o acúmulo de riquezas. Tais modificações na economia propiciaram o desenvolvimento do Capitalismo.⁶⁷

Nesse período da História, o movimento que mais interessa a este trabalho é o movimento iluminista⁶⁸ (século XVIII), que tem como principal característica a busca do conhecimento através da razão, tendo em vista que é nesse momento que são difundidas importantes teorias da igualdade e da liberdade. O pensamento político de tal período, influenciado por Hobbes⁶⁹ e Locke, direciona-se na coibição dos abusos praticados pelo Estado, sendo que neste último filósofo encontram-se as bases do constitucionalismo moderno de limitação do Estado pela Lei.

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

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

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

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

Os iluministas também repudiam a escravidão e o comércio de escravos. A este respeito, as ideias revolucionárias de Montesquieu (1689-1755),⁷⁰ no seu livro *Décimo quinto*, do célebre *Do espírito das leis*:

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

A Reforma Protestante, a ascensão do Capitalismo, a Revolução Científica e o Racionalismo Filosófico, representado pelo Iluminismo, resultam na transição do paradigma antigo e medieval para o moderno, pois alteraram a visão de mundo, antes teocêntrica, para antropocêntrica. As novas ideias são consolidadas pela Revolução Americana (1776) e Francesa (1789) resultando na consolidação do Estado Liberal.⁷¹

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

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

Época virá, portanto, em que o sol brilhará apenas sobre os homens livres que não reconheçam nenhum outro mestre além da razão; em que os tiranos e os escravos, os padres e seus instrumentos estúpidos

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

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

e hipócritas existirão somente nos livros de história e no palco; e pensaremos neles apenas para lamentar suas vítimas e seus crédulos; para nos manter vigilantes ao lembrar de seus excessos; e para aprender a reconhecer e então destruir, pelo poder da razão, as primeiras sementes da tirania e da superstição, caso ousem ressurgir entre nós. (CONDORCET *apud* PERRY, 1999, p. 309)

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

As ideias iluministas,⁷² principalmente o jusnaturalismo lockeano,⁷³ serviram de fundamento para a independência norte-americana, em 1776, que se apresentou como uma resposta revoltosa dos então colonos americanos frente aos abusos tributários e religiosos cometidos pela Inglaterra.

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

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

Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao en-

72 Os ideais iluministas foram as bases para as Revoluções Americana e Francesa, influenciando também outros movimentos de emancipação em todo mundo, merecendo destaque, no Brasil, a Inconfidência Mineira (1789) e a Baiana (1798), também conhecida como Conjuração dos Alfaiates, nas quais reivindicou-se também a abolição da escravidão (SCHMIDT, 1997).

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

trarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança.⁷⁴

Quanto à igualdade, representa avanço significativo, visto que reconhecia a igualdade dos cidadãos⁷⁵ perante a lei, acabando com os privilégios estabelecidos conforme a classe (nobreza/clero/povo), até então praticados. Mas persistia muito forte na sociedade americana o instituto da escravidão,⁷⁶ bem como a restrição ao voto e às oportunidades às mulheres. Não obstante, a Independência Americana representou grande avanço em relação à realidade dos europeus,

74 Traduzido por Fábio Konder Comparato (2005, p. 49).

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

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

tendo em vista que os ideais de igualdade e liberdade iluministas se viam concretizados pelos americanos.

Assim, a Revolução Americana:

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

Inspirada no sucesso da Revolução Americana e nos ideais iluministas, a Revolução Francesa, alicerçada pelos pilares da liberdade, igualdade e fraternidade, consolida o Estado Nacional francês,⁷⁷ sendo também de extrema importância na consolidação do Estado Liberal.

A sociedade francesa ainda era piramidal: no topo, o clero (Primeiro Estado); no segundo estamento, a nobreza (Segundo Estado); e na base (Terceiro Estado), os burgueses,⁷⁸ camponeses e trabalhadores urbanos, sendo a desigualdade uma instituição necessária desse tipo de sociedade.

Tal desigualdade figurou como um dos principais motivos para insatisfação da base dessa sociedade: a burguesia se voltou contra os privilégios clericais

77 “[...] a Revolução Francesa transformou o Estado dinástico do Antigo Regime no Estado moderno: nacional, liberal, secular e racional. Quando a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão afirmou que ‘a fonte de toda soberania reside essencialmente na nação’, o conceito de Estado assumiu um significado novo. O Estado já não era apenas um território ou federação de províncias; não era apenas a posse privada de reis que se diriam delegados de Deus na Terra. De acordo com a nova concepção, o Estado pertencia ao povo como um todo, e o indivíduo, antes súdito, era agora cidadão com direitos e deveres, governado por leis que não estabeleciam distinções baseadas na ascendência” (PERRY, 1999, p. 348). Acerca da importância do protagonismo do povo para uma ressignificação do termo “revolução” destaca Luís Roberto Barroso: “Mas quando, na noite de 14 de julho de 1789, a multidão sem controle marchou pelas ruas de Paris, então capital do mundo civilizado, e derrubou a Bastilha, os pobres e deserdados saíram pela primeira vez da escuridão dos tempos. Daí para frente, passariam cada vez mais a desafiar a crença de que a miséria é destino e não consequência da exploração e dos privilégios das classes dominantes” (BARROSO, 2011, p. 47)

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

e dos nobres; e os camponeses, contra a alta tributação, além dos valores que entregavam à Igreja e aos senhores.⁷⁹

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

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

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

Art. 6º A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente, ou por meio de representantes, à sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer proteja, quer puna. Todos os cidadãos, sendo iguais aos seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, cargos e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem outra distinção a não ser a de suas virtudes e talentos.⁸⁰

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

Com relação à previsão formal da igualdade na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o historiador Eric Hobsbawm (1996) não reconhece que a mesma seja um manifesto por uma sociedade igualitária e democrática, mas somente um manifesto contra os privilégios da nobreza, isso porque o direito à propriedade continuava a ser considerado como um direito natural: “Os homens eram iguais perante a Lei e as profissões estavam igualmente abertas

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

80 Traduzida por Fábio Konder Comparato (2005, p. 154).

ao talento; mas, se a corrida começava sem empecilhos, pressupunha-se como fato consumado que os corredores não terminariam juntos” (HOBBSAWM, 1996, p. 20).

Portanto, é necessário que se analisem de forma crítica tais movimentos, visto que a igualdade social que idealizamos hoje não tem o mesmo significado da igualdade idealizada no período das Revoluções Burguesas. Mesmo assim, não se pode deixar de reconhecer a importância de tais eventos para a democracia e para a igualdade. Nesse sentido, Fábio Konder Comparato afirma:

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

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

As declarações de direitos americana e francesa influenciaram a elaboração de constituições ao redor do globo, em um movimento denominado constitucionalismo,⁸¹ com a consagração de dois grupos de direitos fundamentais: os direitos individuais (liberdade e propriedade) e os direitos políticos.

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

A Constituição deve proteger os indivíduos contra as arbitrariedades estatais – amparada na separação de poderes, visto que se pretendia um Estado mínimo, marcado pelo Liberalismo, filosofia política e econômica dominante na época, formulada por Adam Smith (1723-1790) como a teoria do *laissez-faire*, concebendo um Estado não intervencionista, o que propicia a ascensão do Capitalismo.⁸²

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

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

Os avanços tecnológicos com a consequente mudança dos meios de produção propiciam a Revolução Industrial, acarretando profundas transformações na sociedade, dentre elas o aumento da população urbana, composta por operários recém-saídos dos campos, como consequência do desenvolvimento industrial. A doutrina liberal não intervencionista “permitia” uma superexploração desses operários, que trabalhavam em condições desumanas, com excesso de jornada (podendo chegar a 15 horas diárias), ambiente de trabalho perigoso e insalubre, podendo ser multados pelos mais diversos motivos (como estar conversando, se envolver em acidente, atrasos) e demitidos sem qualquer direito.⁸³

Em tal ambiente, a igualdade se apresentava somente em seu aspecto formal, ou seja, prezava-se apenas a igualdade perante a lei, visto que a desigualdade social proporcionada pelo acúmulo de capitais em poucas mãos e aumento da população pobre e miserável em tal período não permitiu a concretização da igualdade.⁸⁴

82 Uma das principais fontes do nosso estudo é o artigo de Daniel Sarmento: *Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social* (2003).

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

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

Em resposta ao aumento da pobreza, Karl Marx e Friedrich Engels escreveram, em 1848, o *Manifesto Comunista*, no qual reconheceram a existência de uma luta de classes (burguesia e proletariado) e teorizaram a modificação do sistema econômico (de Capitalismo para Comunismo, com o fim da propriedade privada), como consequência da derrota da burguesia pelo proletariado, visando também à redução da desigualdade.⁸⁵

O pensamento marxista, o surgimento de partidos socialistas e sindicatos alavancam a conquista de direitos pelos trabalhadores, o que significou importante avanço na mudança do paradigma do Estado Liberal para o do Estado Social.⁸⁶

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

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

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

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

86 “[...] ideias socialistas, comunistas e anarquistas começam a colocar agora em xeque a ordem liberal e a um só tempo animam os movimentos coletivos de massa cada vez mais significativos e neles se reforçam com a luta pelos direitos coletivos e sociais, como o de greve e de livre organização sindical e partidária, como a pretensão a um salário mínimo, a uma jornada máxima de trabalho, à seguridade e previdência sociais, ao acesso à saúde, à educação e ao lazer. Mudanças profundas também de toda ordem conformam a nova sociedade de massas que surge após a 1ª Guerra Mundial e, com ela o novo paradigma constitucional do Estado Social” (NETTO, 1997, p.480).

O modelo do Estado Social surge quando se evidencia que um modelo não intervencionista de Estado é incapaz de satisfazer aos anseios humanos de liberdade e igualdade. Tal transição tem como símbolos as Constituições do México (1917)⁸⁷ e de Weimar (Alemanha, 1919),⁸⁸ que já consagravam alguns direitos sociais.

Advêm no paradigma do Estado Social os direitos sociais, juntamente com os direitos econômicos,⁸⁹ merecendo importância a positivação dos mesmos,⁹⁰ ocorrendo também neste paradigma a releitura e redefinição dos direitos consagrados no Estado Liberal. A igualdade e a liberdade tomam novas formas neste paradigma, ou seja, aqui, não se é livre para fazer tudo o que a lei não proíbe, mas a liberdade está intrínseca e umbilicalmente ligada ao conceito de igualdade.

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

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

O Estado se torna decididamente intervencionista em favor dos necessitados, devido à exigência da sociedade de prestações positivas, numa relação de clientela, de forma a priorizar os interesses públicos sobre os privados e promover

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

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

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

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

uma justiça social distributiva. Tem-se aqui a prevalência do Poder Executivo com atuação através de políticas públicas.

Em razão do fortalecimento do Executivo, no Estado Social, o Judiciário se subordina a ele, aplicando sem maior autonomia as normas que dele emanam, buscando a realização das políticas públicas por ele previstas.⁹¹

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

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

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

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

Artigo II. 1. Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.⁹²

91 *Vide* Sarmiento, 2003, p. 393.

92 Traduzido por Fábio Konder Comparato (2005, p. 232).

A passagem do paradigma do Estado Social para o Estado Democrático de Direito se dá no processo de democratização ocorrido após a segunda Guerra Mundial. Em meio à globalização econômica, que impõe a derrubada das fronteiras nacionais, emerge a chamada Era da Informação, propiciada pela tecnologia. A organização da sociedade em associações civis irrompe os direitos difusos e coletivos como reinterpretação e união dos direitos do Estado Liberal e do Estado Social, além da ampliação e reinterpretação destes.⁹³

Com o advento do Estado Democrático de Direito, o princípio da igualdade assume a normatividade almejada pelo Constitucionalismo atual, sendo reconhecido como direito fundamental em várias constituições ao redor do mundo. O Estado Democrático de Direito tem como fundamento a democracia, a qual se entende como o direito de participação e igualdade de recursos/oportunidades:⁹⁴ o Direito aqui é pluralista, participativo e aberto.

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

2.2.2 CONCEPÇÕES CONTEMPORÂNEAS DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE: A VISÃO DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO À LUZ DAS TEORIAS DE RONALD DWORKIN E JÜRGEN HABERMAS

Neste tópico estudar-se-á o tratamento dado ao princípio da igualdade no Estado Democrático de Direito pelos principais autores brasileiros sobre o tema, que tomam como marco teórico os conceitos de igualdade formulados por Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, tendo em vista a importância dos referidos autores para a doutrina jurídica atual e a influência que exercem sobre a doutrina brasileira especializada.⁹⁵

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

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

95 Em razão da influência que Dworkin e Habermas exercem na doutrina brasileira, optar-se-á por estudar as obras dos referidos autores estrangeiros e um número limitado de doutrinadores que os seguem. Embora se reconheça a importância de todos os estudos sobre a igualdade, neste tópico, especificamente, destacar-se-ão as doutrinas dos Professores Marciano Seabra de Godói, Marcelo

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

Como dito acima, no Estado Democrático de Direito, tem-se uma releitura dos direitos fundamentais reconhecidos no Estado Liberal e no Estado Social, sendo que a igualdade não é somente formal, como no Estado Liberal, tampouco homogeneizante, como no Estado Social. O princípio da igualdade no Estado Democrático de Direito é visto, sobretudo, como o respeito às diferenças, à pluralidade, devendo o Estado atuar de forma a reduzir as desigualdades sociais e assegurar que as minorias tenham os seus direitos respeitados.⁹⁶

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

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

Campos Galuppo e Álvaro Ricardo de Souza Cruz, que constituem posições que se ajustam à nossa convicção do que seja o princípio da igualdade.

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

Para Ronald Dworkin (2005) a igual consideração se materializa na igualdade de recursos, que é uma das teorias da igualdade distributiva.⁹⁷ A igualdade de recursos pressupõe políticas que dediquem, de forma igualitária, os recursos à vida de cada um, implicando o conceito de justiça no conceito de responsabilidade individual, de forma que:

[...] as pessoas devem ter à disposição os mesmos recursos externos, para deles fazerem o que puderem, dadas essas diversas características e talentos. [...]

Se uma pessoa, graças a um esforço ou talento superior, emprega sua parcela equânime para criar mais do que outra, faz jus ao lucro, pois seus ganhos não ocorreram à custa de alguém que faça menos com sua própria parcela. (DWORKIN, 2005, p. 108)

Tal conceito pode levar à confusão entre igualdade de recursos e igualdade de oportunidades, porém deve-se diferenciar tais conceitos: o primeiro (igualdade de recursos) visa a garantir condições igualitárias de acesso a determinados bens econômicos, sociais e culturais, ao longo do tempo, já o segundo (igualdade de oportunidades) criaria uma situação de igualdade somente em um momento inicial (“linha de largada”) (DWORKIN, 2005, p. 111),⁹⁸ imperando, após esse momento inicial, o *laissez-faire* e o livre jogo do mercado. O autor americano dis-

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

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

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

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

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

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

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

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

Marciano Godoi define o princípio da igualdade como:

[...] tratar os indivíduos como iguais, no sentido de que todos os cidadãos que compõem determinada sociedade têm o mesmo valor intrínseco e merecem o mesmo respeito e consideração enquanto membros da comunidade. Este é o critério fundamental, a partir do qual pode ser julgado se determinado *discrímen* violou ou não a igualdade. (GODOI, 1999, p. 106)

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

Habermas (1997), por seu turno, afirmando que, do ponto de vista normativo, não existe Estado de Direito se o mesmo não for democrático, entende como princípio da igualdade a possibilidade de todos os cidadãos participarem do discurso político. Assim, reconhece a fundamentalidade do princípio da igualdade quando formula de maneira abstrata as categorias de direitos que geram o código jurídico, relacionadas ao sujeito de direito, dentre as quais destaca: “Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo” (HABERMAS, 1997, p. 159).⁹⁹

A partir da *Teoria do discurso*, embasado no princípio do discurso,¹⁰⁰ o autor alemão reconhece como legítimas somente as regulamentações que respeitem a compatibilização “dos direitos de cada um com os iguais direitos de todos” (HABERMAS, 1997, p. 160).

A inclusão das minorias, em Habermas, se torna possível a partir do reconhecimento da igualdade de participação de todos nos discursos políticos, pois, somente participando, as minorias poderão reivindicar em quais aspectos

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

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

pretendem ver-se incluídas¹⁰¹ e respeitada a pluralidade. Transportando essa teoria para o caso central deste estudo, poderíamos dizer que as ações afirmativas obterão legitimidade somente se contarem de forma efetiva com a participação dos negros, principais envolvidos, nas discussões políticas a esse respeito, significando mais uma vez que a igualdade não deve ser vista de forma homogeneizante, mas no sentido de que sejam respeitadas as diferenças.

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

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

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

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

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

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

No mesmo sentido, Cruz se manifesta indissociando as ideias de pluralidade, dignidade, democracia e igualdade, também relacionando este último princípio com a possibilidade de participação e o respeito à diferença.¹⁰² *In verbis*:

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

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

O autor mineiro reconhece que tanto a exclusão quanto o paternalismo “acarretam prejuízos para a legitimidade da ação social, vez que ou ignoram ou abafam a existência do outro como legítimo interlocutor do processo democrático” (CRUZ, 2006, p. 115), o que coaduna com a interpretação da igualdade como o respeito à diferença, visto que uma postura excludente implica o tratamento desigual dos cidadãos e uma postura paternalista implica o tratamento homogeneizante dos cidadãos.¹⁰³

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

103 O que, segundo Cruz, fortaleceria a criação de estereótipos de identidade, assim ilustrados: “Dentre os exemplos possíveis, tem-se a alegação da incapacidade do analfabeto de participar de debates acerca de questões orçamentárias, simplesmente porque não teria um cabedal de conhecimentos técnicos suficientes. Mas, será que ele não saberia dizer quais suas necessidades mais prementes? *Ou que o*

Joaquim Barbosa Gomes (2001) também reconhece a mudança na visão do princípio da igualdade no Estado Democrático de Direito, defendendo a militância estatal no sentido de atenuação das desigualdades geradas pelo Estado Liberal, cuja neutralidade estatal se mostrou insuficiente para realização dos direitos fundamentais.¹⁰⁴

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

2.2.3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: DA CONSTITUIÇÃO DO IMPÉRIO À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

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

Seguindo modelos exteriores, a Constituição do Império, outorgada em 1824, é expressão do paradigma do Estado Liberal no Brasil, embora com resquícios absolutistas, como a criação do Poder Moderador, exercido pelo Imperador.¹⁰⁵ Sua previsão de igualdade era meramente formal: “Artigo 179, XIII: A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”. Contudo, na prática a igualdade era praticamen-

negro não possa se integrar em igualdade de condições sem uma política temporária de cotas. Em verdade, tais políticas redistributivistas podem ser aplicadas, desde que afastada a perspectiva paternalista, pois, caso contrário as mesmas se tornariam mecanismos de perfumaria, projetos ‘politicamente corretos’ que agradam parcela significativa da opinião pública e que não trazem nenhum benefício concreto para a sociedade” (CRUZ, 2006, p. 115-116, grifo nosso).

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

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

te inexistente, conforme notícia Sampaio: “não se tinha igualdade nem perante a Lei, nem em sua aplicação” (SAMPAIO, 2004, p. 324). Isso tendo em vista que a lei era a vontade da elite que elegia, por meio do voto censitário, os deputados.¹⁰⁶ A Constituição Imperial admitia a escravidão,¹⁰⁷ embora o movimento abolicionista viesse se intensificando àquela época.¹⁰⁸

As revoltas contra o Poder Moderador, impulsionadas pelo Positivismo, acarretaram a queda da Monarquia e a instauração da República, quando se consolidaram as oligarquias rurais, com política moldada pela Constituição de 1891, que expande o direito de voto (mas não para as mulheres), embora o mesmo tenha sido manipulado pelo coronelismo (tendo em vista que o voto não era secreto, comandado pelas oligarquias rurais, com ameaças, fraudes e a obrigatoriedade do voto na pessoa indicada pelo coronel – o chamado “voto de cabresto”).

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

Art. 72. [...]

§2º Todos são iguais perante a Lei.

A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as

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

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

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

suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

Abertura maior à igualdade se dá com a Constituição de 1934, na qual é previsto, pela primeira vez na Constituição brasileira, o voto feminino.¹⁰⁹ Influenciada pela Constituição de Weimar, a Constituição Republicana de 1934 é reconhecida como a tentativa de introdução do Estado Social no Brasil, onde nunca houvera a previsão constitucional de direitos econômicos e sociais.¹¹⁰

A igualdade é prevista com proibição de distinção por motivo de raça, artigo 113, §1: “Todos são iguais perante a Lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas”.

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

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

Embora instauradora da Ditadura Militar, período no qual os direitos fundamentais são ignorados, sobretudo, os de liberdade, a letra da Constituição de 1967 inclui uma novidade no tocante à questão racial, ao prever, no artigo 150, §1º: “§1º Todos são iguais perante a Lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. *O preconceito de raça será punido pela lei*” (grifo nosso).

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

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

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

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

A interpretação constitucional, principalmente no que tange à igualdade, deve pautar-se pelos princípios e características do paradigma do Estado Democrático de Direito, embora as teorias acerca deste estejam em constante evolução.¹¹¹

Conforme visto acima, o princípio da igualdade é fundamental para a cidadania e a efetividade do Estado Democrático de Direito, por isso, é amplamente tratado ao longo de todo o texto constitucional. E, de acordo com o pensamento habermasiano, de abertura do discurso político a todos os cidadãos de forma que os destinatários das normas sejam, ao mesmo tempo, seus coautores, o princípio da igualdade se faz indispensável na concretização da democracia. Uma sociedade em que há exclusão social não pode se reconhecer como democrática.¹¹²

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

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

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

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

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

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

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

IV - Promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Como objetivo fundamental, o Estado deve perseguir a sua concretização, o que nos permite afirmar que se coadunam as ações afirmativas com os objetivos constitucionais, tendo em vista que a redução das desigualdades, bem como a promoção do bem de todos são deveres previstos na Constituição.¹¹³ A igualdade encontra a sua expressão material neste artigo.

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

Art. 5º Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à *igualdade*, à segurança e à propriedade [...]. (Grifo nosso)

Aqui, são previstas a igualdade formal e a igualdade substancial, o que nos permite concluir que no Estado Democrático de Direito tanto uma quanto a outra recebem a mesma importância.¹¹⁴ Porém, acompanhando as ideias do

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

114 Oscar Vilhena Vieira (2006) entende que a dupla aparição da igualdade no artigo 5º da Constituição de 1988 (“todos são iguais perante a Lei [...] garantindo-se a inviolabilidade do direito [...] à igualdade”) visa a assegurar que tanto a igualdade formal quanto a igualdade material sejam protegidos constitucional-

paradigma do Estado Democrático de Direito, a interpretação tanto de uma quanto de outra deve ser influenciada pela releitura dos principais direitos garantidos nos paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social, levando-se em conta, principalmente, que a nova interpretação da igualdade privilegia o respeito às diferenças.¹¹⁵

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

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

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

Em face da relevância do Judiciário para decidir as questões mais caras à sociedade, traçando o Supremo Tribunal Federal os rumos conforme os quais os princípios e direitos constitucionais serão interpretados, merece destaque o recente entendimento deste tribunal acerca do princípio da igualdade. A impe-

mente. À primeira, de matriz liberal, o autor chama “igualdade como imparcialidade” (VIEIRA, 2006, p. 287); à segunda, de cunho social, o autor denomina “igualdade distributiva” (VIEIRA, 2006, p. 287), sendo que reconhece que, nem sempre, a convivência entre ambas é pacífica.

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

trante do Mandado de Segurança nº 26.690/DF questionou a impossibilidade de efetuar a sua inscrição definitiva em concurso para o cargo de procuradora da República, tendo em vista não possuir três anos de atividade jurídica, conforme previsto no artigo 129, §3º, CF, embora exercesse o cargo de promotora de justiça de Ministério Público Estadual.

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

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 45/04. AUSÊNCIA DE REGRAS DE TRANSIÇÃO DESTINADAS A SOLUCIONAR SITUAÇÕES LÍMITROFES NÃO ABRANGIDAS PELOS NOVOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. INGRESSO NA CARREIRA. INSCRIÇÃO DEFINITIVA NO CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA QUE, EMBORA NÃO POSSUÍSSE OS TRÊS ANOS DE ATIVIDADE JURÍDICA EXIGIDOS PELO ART. 129, §3º, DA CONSTITUIÇÃO, ERA PROMOTORA DE JUSTIÇA DE MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO. PRINCÍPIO DA UNIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO [ART. 128, I e II, DA CB/88]. PRINCÍPIO DA IGUALDADE [ART. 5º DA CB/88]. A IGUALDADE CONSISTE EM TRATAR-SE DESIGUALMENTE OS DESIGUAIS. ORDEM DEFERIDA. 1. A ausência de regras de transição para disciplinar situações fáticas não abrangidas pelo novo regime jurídico instituído por emenda constitucional demanda a análise de cada caso concreto à luz do direito enquanto totalidade. 2. O Ministério Público nacional é uno [art. 128, I e II, da Constituição do Brasil], compondo-se do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos dos Estados. 3. No exercício das atribuições previstas nos artigos 109, §3º da Constituição e 78 e 79 da LC n. 75/93, o Ministério Público estadual cumpre papel do Ministério Público Federal. 4. A circunstância de a impetrante, Promotora de Justiça no Estado do Paraná, exercer funções delegadas do Ministério Público Federal e concomitantemente ser tida como inapta para habilitar-se em concurso público para o provimento de cargos de Procurador da República é expressiva de contradição injustificável. Trata-se, no caso,

de situação de exceção, típica de transição de um regime jurídico a outro, em razão de alteração no texto da Constituição. 5. *A igualdade, desde Platão e Aristóteles, consiste em tratar-se de modo desigual os desiguais*. Prestigia-se a igualdade, no sentido mencionado quando, no exame de prévia atividade jurídica em concurso público para ingresso no Ministério Público Federal, dá-se tratamento distinto àqueles que já integram o Ministério Público. Segurança concedida. (STF. MS nº 26.690, Rel. Ministro Eros Grau, 2008, grifo nosso)

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

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

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

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

Assim, é impossível que se afaste tal regra de tratamento dos indivíduos “como iguais” (o que é diverso de tratar os indivíduos “igualmente”, num sentido

de homogeneização do tratamento), tendo em vista que o seu desrespeito é uma afronta aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

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

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

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

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

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

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

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

Capítulo 3: As ações afirmativas

3.1 Origem

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

A escravidão foi instituída nos Estados Unidos para atender à demanda de mão-de-obra na produção do algodão, exportado para a Europa, nas colônias do Sul. Embora o movimento abolicionista fosse forte, não era o suficiente para impedir decisões conservadoras, como o caso Dred Scott (1856),¹¹⁶ mas contribuiu, juntamente com a eleição do Presidente Abraham Lincoln, para a eclosão da Guerra de Secessão, quando se chocam as forças políticas dos estados do Norte (abolicionistas) e do Sul (escravistas), isso porque os estados escravistas visavam à separação dos estados do norte e à formação de outro país.

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

O Judiciário americano, mesmo após a abolição da escravidão, aceitou o segregacionismo racial americano com a decisão no caso *Plessy v. Ferguson* 163 U.S 537 (1896): Homer Plessy apela da decisão do juiz criminal John H. Ferguson que o apenou por ter se negado a se retirar de um vagão de trem destinado a passageiros brancos, alegando que somente 1/8 de seu sangue era africano, razão pela qual teria direito a se utilizar dos vagões destinados aos brancos. O fundamento da apelação

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

de Plessy baseava-se na inconstitucionalidade da lei segregacionista do estado da Louisiana, em face da 13^a e 14^a Emendas,¹¹⁷ sendo esta última instituidora do princípio da igualdade no Direito americano. A Lei discutida estabelecia que as empresas fornecedoras de transporte ferroviário deveriam fornecer as mesmas acomodações aos brancos e aos negros, porém tais acomodações deveriam ser separadas.

A Suprema Corte reconheceu a referida Lei como constitucional, fundamentando-se no fato de que a mesma não ofendia a 13^a Emenda, uma vez que não restabelecia a escravidão; também considerou que a Lei não era inconstitucional, uma vez que a mesma não ofendia a 14^a Emenda, por não desrespeitar nenhuma das raças. Tal decisão instituiu a doutrina *separate but equal*,¹¹⁸ que justificou a segregação racial americana durante vários anos seguintes, até ser derubada pelo caso *Brown v. Board of Education*, em 1954.

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

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

Uma das manifestações fora motivada pelo incidente *Rosa Parks*: segundo as leis segregacionistas, quando um negro estivesse sentado em um dos bancos

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

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

de um ônibus e um branco embarcasse, o negro teria que se levantar do assento, cedendo o seu lugar ao branco. Em 1955, a costureira negra Rosa Parks se recusou a fazê-lo e foi presa. A comunidade negra, com o apoio de Luther King, decidiu boicotar os serviços de ônibus. O boicote obteve êxito durante meses, até que a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de leis e regulamentos que impusessem a segregação nos ônibus, representando um forte golpe às leis *Jim Crow* e reforçando o movimento negro, o ativismo e a liderança de Martin Luther King na luta pelos direitos civis nos Estados Unidos.¹¹⁹

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

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

(1) O empregador não discriminará a nenhum empregado ou pretendente ao emprego por motivo da raça, do credo, da cor, ou da origem nacional. O empregador se utilizará de *ação afirmativa* para garantir que os pretendentes sejam empregados, e que os empregados sejam tratados durante o emprego, sem que se julgue a sua raça, credo, cor, ou origem nacional [...].¹²⁰ (UNIVERSITY OF MICHIGAN LIBRARY, 2008, tradução nossa, grifo nosso)

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

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

O mesmo caminho é seguido pelo Presidente Lyndon B. Johnson que, em 1965, promulga a *Executive Order* nº 11.246 (1965), visando à igualdade de oportunidades de emprego e proibindo qualquer tipo de discriminação.

As ações afirmativas ganham força com a aprovação do *Civil Rights Act* (1964), que vem regulamentar a igualdade prevista na 14ª Emenda. O título II do referido ato condena qualquer tipo de segregação, bem como a separação e impossibilidade de acesso aos locais públicos em razão da raça, cor, religião ou origem. Também é previsto no Ato a igualdade de oportunidades na educação (Título VI) e no trabalho (Título VII), proibindo-se também a segregação quanto às razões acima.

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

O conjunto normativo formado pelo Estatuto dos Direitos Civis, juntamente com a 13ª, 14ª e 15ª Emendas,¹²¹ se mostrou uma poderosa arma de combate à discriminação racial, com previsões de punição contra os atos discriminatórios.

Joaquim B. Barbosa Gomes (2001) explica que as ações afirmativas surgiram com o objetivo de que cada grupo social fosse representado nas mais diversas áreas: educação, trabalho, etc. Posteriormente, a ideia fundante das ações afirmativas foi a de se alcançar a igualdade de oportunidades, com o estabelecimento de cotas rígidas para possibilitar o acesso dos negros a essas áreas.¹²² A partir de então, várias ações afirmativas foram implementadas em várias universidades americanas¹²³ com fins de inclusão das minorias, o que ainda movimenta discussões acerca da legitimidade das mesmas, o que será tratado nesta dissertação, em tópico próprio. O que se deve reconhecer é o pioneirismo norte-americano na

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

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

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

instituição das ações afirmativas nas décadas de 1950 e 1960.¹²⁴

Mesmo após anos de instituição, as ações afirmativas ainda fomentam muitos debates e controvérsias nos Estados Unidos, encontrando-se tais ações ameaçadas¹²⁵, sob o fundamento de que, por terem surgido como programas temporários para inclusão, as mesmas já melhoraram significativamente a vida dos historicamente excluídos, não havendo mais motivos para continuarem em vigor. De outro lado, os defensores das ações afirmativas alegam persistir a necessidade das mesmas, por haver ainda aspectos a melhorar, segundo nos noticia Gomes (2003).

3.2 Conceito

Ações afirmativas¹²⁶ são providências públicas ou privadas, de caráter obrigatório ou voluntário, para promoção da cidadania e inclusão social, servindo, portanto, para efetivar o Estado Democrático de Direito e o princípio da igualdade, visto este como efetiva igualdade de oportunidades, chances, consideração, respeito e participação nos debates políticos. Visa à eliminação das desigualdades sociais que excluam ou inferiorizem determinados grupos sociais (consideradas minorias),¹²⁷ como, por exemplo, desigualdades em razão da raça,

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

125 Em um dos seus últimos textos escritos, no final de 2012, Dworkin publicou um artigo no qual avalia os resultados das políticas de ações afirmativas nos Estados Unidos, criticando a postura ultraconservadora de alguns membros da Suprema Corte norte-americana que se inclinam fortemente para colocar fim em tais medidas, havendo várias ações judiciais propostas por estudantes contrários às *affirmative actions*.

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

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

gênero, orientação sexual, deficiência física ou mental, indígenas, etc., considerando-se o pluralismo e a heterogeneidade das sociedades modernas.

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

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

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

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

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

É importante registrar que as ações afirmativas não se restringem à política de cotas, podendo se revestir de várias formas, como por exemplo, a concessão de isenções fiscais aos que cumprem com seus objetivos, dentre outras medidas.¹²⁸ Tal ação foi a adotada no referido Título VII do *Civil Rights Act* (1964), com o requisito de contratação de empresas privadas pelo Governo americano, desde que as mesmas adotassem mecanismos de redução da desigualdade racial, como por exemplo, as empresas que tivessem minorias (negros, hispânicos, etc.) compondo o seu quadro de funcionários.

As ações afirmativas podem ser justificadas sob vários aspectos, sendo dois os principais argumentos justificadores das mesmas: o argumento compensatório e o argumento distributivo.¹²⁹

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

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

Segundo o argumento compensatório, as ações afirmativas são vistas como meios para compensar as minorias dos prejuízos sofridos por discriminações no passado, baseando-se também no fato de que as discriminações são herdadas de geração em geração, bem como no fato da discriminação pretérita fazer-se sentir ainda hoje, com a imobilidade social dos grupos historicamente discriminados, que não se veem representados nos diversos setores da sociedade.¹³⁰ Assim, as ações afirmativas seriam espécie de indenização aos grupos/indivíduos discriminados pelos prejuízos decorrentes da discriminação pretérita.

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

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

Além disso, numa perspectiva civilista, o dano deve ser reparado por quem o tenha causado.¹³¹ Seguindo o raciocínio acima, não sobrevive nenhum senhor de engenho daquela época que importava ou mantinha escravos e, caso ainda sobreviva, se torna quase impossível a sua identificação.¹³²

movimentos pelos direitos civis nos Estados Unidos, nos anos 60, com obtenção de vitória.

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

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

132 Segundo Roberta Fragoso Menezes Kaufmann: “Não existem no país números precisos acerca da escravidão negra. Isto porque, na tentativa de apagar o instituto da história brasileira e, sobretudo, evitar que tivesse fôlego a campanha indenizatória movida por ex-senhores de escravos – com base justamente nos registros citados – Rui Barbosa, na época Vice-Chefe do Governo Provisório e Ministro da Fazenda, determinou, por meio do Decreto de 14 de dezembro de

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

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

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

O segundo argumento justificador das ações afirmativas é o distributivo,¹³³ segundo o qual as ações afirmativas seriam meios de redistribuição dos bens

1890, a queima de todos os documentos referentes à escravidão. Este decreto somente foi efetivado em 13 de maio de 1891, na gestão de Tristão Alencar Araripe, sucessor de Rui na pasta da Fazenda. Tal determinação decorreu de uma série de fatores. Após declarada a abolição da escravatura, iniciou-se um movimento da aristocracia rural pleiteando indenizações do governo, sob o argumento de que teriam direito adquirido aos escravos e à propriedade (KAUFMANN, 2007, p. 48).

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

e recursos da sociedade a todos que a integram. Nos dizeres de Joaquim Barbosa Gomes (2001), seria distribuir aos excluídos todos os bens e recursos a que teriam acesso caso não houvesse discriminação:

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

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

Insere-se no argumento distributivo a doutrina de Ronald Dworkin que, segundo Joaquim Barbosa Gomes (2001) e Leila Pinheiro Bellintani (2006), lhe dá sentido de eficiência e de justiça, em face dos objetivos que as ações afirmativas visam a alcançar. O argumento de eficiência fundamenta-se no aumento de bem-estar de todos os membros da sociedade. Dworkin enxerga nas ações afirmativas a possibilidade de aumento da diversidade racial nos mais variados setores, bem como alcançarem os negros as posições de liderança na sociedade, havendo maior representação e consequente diminuição do ressentimento racial.¹³⁴

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

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

traduz em aumento de políticas para atendimento dos seus interesses.¹³⁵

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

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

A principal crítica à teoria distributiva apoia-se no argumento de que as desigualdades sociais não se dão em função da discriminação racial, mas em razão da classe social. É um dos argumentos mais fortes no combate das ações afirmativas, pois, segundo esse argumento, as pessoas não têm acesso às universidades porque são pobres, e não porque são negras.¹³⁶

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

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

As ações afirmativas são entendidas por nós como medidas indispensáveis à efetivação dos princípios constitucionais da dignidade humana, do pluralismo e da concepção procedimental da igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito. O marxismo e o neoliberalismo pecam pelo reducionismo do evento a seus aspectos

135 No Brasil, podemos citar como exemplos de representantes de grupos minoritários com sensibilidade para políticas voltadas para os grupos a que pertencem o Ministro Joaquim Barbosa Gomes – negro (com demonstração de sensibilidade para as ações afirmativas no âmbito do Supremo Tribunal Federal); o senador Paulo Paim, autor do Projeto de Lei nº 213/2003 – atual Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, que institui o Estatuto da Igualdade Racial; a deputada federal Ângela Portela e a senadora Patrícia Saboya (a primeira, com sua proposta de Emenda Constitucional e a segunda, com seu projeto de lei para extensão da licença-maternidade de 4 para 6 meses); assim como os vereadores belo-horizontinos Leonardo Mattos e Arnaldo Godoy, respectivamente, cadeirante e cego (projetos para inclusão das pessoas portadoras de deficiências).

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

econômicos, esquecendo-se de elementos sociológicos e antropológicos, por exemplo, essenciais à compreensão do fenômeno. Da mesma maneira, as teorias compensatórias e utilitárias são claramente insuficientes por se fundarem em argumentos de política (*policy*), esquecendo-se de elementos nodais do direito, tais como o liame obrigacional de qualquer responsabilidade indenizatória com autoria de ato ilícito.¹³⁷ (CRUZ, 2005, p. 208)

Embora, entre um e outro argumento, opte-se pelo da justiça distributiva, em razão de sua racionalidade e congruência com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, as ações afirmativas podem ser fundamentadas pelo argumento dos Direitos Fundamentais, base do Estado Democrático de Direito, com dever de observância por toda a sociedade, ou seja, a igualdade, como direito fundamental que é, deve ser observada, sendo que o Estado, juntamente com a sociedade, deve envidar todos os esforços para que a mesma seja realizada, buscando meios de coibir as práticas discriminatórias, mas respeitando a premissa de que está implícito no conceito de igualdade o conceito de diferença. Deve-se tratar de forma especial o diferente, tentando igualá-lo aos demais iguais. Não se pensa aqui na possibilidade de que se formem exemplos a serem seguidos pelos grupos excluídos, na representatividade das minorias em todos os setores da sociedade, ou na convivência harmônica da sociedade, na medida em que as desigualdades são mitigadas, mas única e exclusivamente no direito que todo e qualquer indivíduo tem de ser tratado com o mesmo respeito e consideração, de não se sentir excluído, de se sentir digno.¹³⁸

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

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

3.3. As ações afirmativas na Constituição da República de 1988

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

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

a) Artigo 37, VIII

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

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

Regulamentado pelo artigo 5º, §2º, da Lei nº 8.112/90,¹³⁹ a disposição

139 Lei nº 8.112/90 – Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União – Art. 5º, §2º: “Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso”. Destaca-se que, devido à previsão da lei de que as atribuições devem ser compatíveis com a deficiência do candidato, alguns concursos públicos deixam de reservar vagas aos deficientes, com fundamento no art. 38, II, do Decreto nº 3.298/1999, que prevê a possibilidade de não haver tal reserva quando o cargo ou emprego público integrante de carreira exija aptidão plena do candidato. É o que ocorre frequentemente em concursos para delegados e juízes. No Judiciário esta possibilidade tende a acabar com a publicação de Enunciado Administrativo pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que determinará que sejam previstos nos editais de concursos para provimento de cargos de juiz a reserva de 5% a 20% das vagas para pessoas portadoras de deficiência (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2008).

constitucional de reserva de vagas de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência se apresenta como a ação afirmativa mais conhecida no território nacional, instituída por meio de cotas, tendo significado importante avanço no sentido de consolidação do princípio da igualdade, uma vez que leva em consideração que as dificuldades que as pessoas portadoras de necessidades especiais enfrentam para poder estudar ou se enquadrarem no mercado de trabalho são maiores que as dos demais, sendo necessário, portanto, que seu acesso a tais vagas seja facilitado e garantido.¹⁴⁰

b) Artigo 208, III

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...]

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

O artigo em tela¹⁴¹ constitui uma ação afirmativa, na medida em que assegura aos portadores de necessidades especiais o atendimento escolar conforme a sua deficiência, o que leva em consideração as peculiaridades do indivíduo, permitindo que o mesmo se inclua na sociedade. Exemplos concretos são o ensino da Linguagem Brasileira de Sinais, bem como a escrita e leitura em Braille.

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

141 Este artigo é regulamentado pelas Leis nº 7.853 (dispondo diretamente sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência) e nº 9.394/89 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), que contém capítulo dedicado à educação especial (Capítulo V), conceituada por Cruz (2005, p. 191): “Entende-se por educação especial a modalidade oferecida preferencialmente na rede regular de ensino para o educando com necessidades especiais, constituindo-se num processo flexível, dinâmico e individual ligado às necessidades de cada portador de deficiência”.

c) Artigo 215

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

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

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

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

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

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

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

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

II - A cidadania;

III - A dignidade da pessoa humana.

Os fundamentos da República Federativa do Brasil são os pilares sobre os quais o Estado brasileiro deve se constituir. A previsão da cidadania, entendida

aqui não só como o direito de votar e de ser votado, mas como um conceito ampliado de garantia de participação política de todos os brasileiros, pressupõe que todos os indivíduos sejam tratados com igualdade, bem como têm o direito de viver de forma digna, o que implica o dever do Estado de garantir todos os meios para que todas as pessoas exerçam sua cidadania, bem como sejam tratadas com o devido respeito e consideração. Daí concluir-se que a existência de discriminação racial retira dos indivíduos a sua condição de cidadão, na medida em que seu direito de se ver como um igual não é respeitado, bem como implica redução da sua auto percepção de dignidade, permitindo assim que a sociedade se utilize dos meios necessários para garantir tais direitos fundamentais, o que, conforme visto acima, pode ser alcançado por meio das ações afirmativas, tendo em vista o seu objetivo de inclusão de grupos minoritários socialmente excluídos.¹⁴²

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

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

I – Construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]

III – Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹⁴³

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

143 O artigo 3º, inciso II, da Constituição Federal, prevê também como objetivo da República Federativa do Brasil “garantir o desenvolvimento nacional”, o que de forma mais indireta pode ser utilizado para se justificar as ações afirmativas, pois, em um País onde há discriminação racial, o desenvolvimento econômico não é pleno, conforme nos fala Joaquim Barbosa Gomes: “Trata-se, em suma, de um mecanismo sócio-jurídico destinado a viabilizar primordialmente a har-

A previsão dos fins que o Estado brasileiro pretende atingir traça os caminhos a serem percorridos pela sociedade para que se viva em harmonia. A construção de uma sociedade livre, justa e solidária não é possível se subsistirem na sociedade fatores de desigualdade, visto que liberdade e igualdade são princípios que se indissociam, além do que a ideia de justiça se aproxima cada vez mais da ideia de igualdade, conforme visto quando se estudou tal princípio. Já a solidariedade, como remanescente da tríade revolucionária francesa (“Liberdade, Igualdade, Fraternidade”) que, de maneira geral, ainda não foi conquistada pela Humanidade,¹⁴⁴ implica que para que se alcance uma sociedade solidária em que seus membros cooperem mutuamente para que a vida de todos seja boa, é necessário que o Estado atue no sentido de distribuição igual dos direitos, sem concessão de privilégios a determinados grupos, o que é possível de se alcançar por meio das ações afirmativas, através da redistribuição dos bens e recursos da sociedade com vistas à realização da igualdade.

monia e a paz social, que são seriamente perturbadas quando um grupo social expressivo se vê à margem do processo produtivo e dos benefícios do progresso, bem como a robustecer o próprio desenvolvimento econômico do país, na medida em que a universalização do acesso à educação e ao mercado de trabalho tem como consequência inexorável o crescimento macroeconômico, a ampliação generalizada dos negócios, numa palavra, o crescimento do país como um todo. Nesse sentido, não se deve perder de vista o fato de que a história universal não registra, na era contemporânea, nenhum exemplo de nação que tenha se erguido de uma condição periférica à de potência econômica e política, digna de respeito na cena política internacional, mantendo no plano doméstico uma política de exclusão, aberta ou dissimulada, legal ou meramente informal, em relação a uma parcela expressiva de seu povo” (GOMES, 2003b).

144 Considerando a desigualdade social do mundo, não se pode falar que vivemos em um mundo fraterno, bastando para isso que se constate a existência de guerras, fome, preconceitos, bem como a deterioração do meio-ambiente de forma irreversível. Para que se tenha uma ideia de como a fraternidade não foi alcançada, necessário se faz a análise do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) do país mais desenvolvido (Noruega) em comparação com o país menos desenvolvido (Congo - República Democrática do), conforme Relatório de Desenvolvimento Humano de 2011, realizado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). No ano de 2011, na Noruega, o IDH é 0.943, sendo que a esperança de vida ao nascer é de 81,1 anos, enquanto no Congo o IDH é de 0,286, com esperança de vida ao nascer de 48,4 anos (!). O Brasil se encontra em posição mediana dentre aqueles que tiveram desenvolvimento humano elevado, com IDH de 0,718 e expectativa de vida ao nascer de 73,5 anos (PNUD, 2011, p. 142/144), merecendo destaque a elevação de sua posição em comparação ao relatório do biênio 2007/2008, no qual o Brasil se encontrava no último lugar do grupo (PNUD, 2007).

Outro objetivo previsto é a erradicação das desigualdades sociais,¹⁴⁵ fim ao qual as ações afirmativas se prestam, coadunando-se as mesmas com o texto constitucional, considerando-se, principalmente, o inciso III do artigo 3º da Constituição da República de 1988. Da mesma forma, o inciso IV do artigo em tela permite concluir pela constitucionalidade das ações afirmativas na medida em que enumera como objetivo do Estado brasileiro a promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação, permitindo, assim, que o Estado atue de forma positiva a combater práticas discriminatórias no sentido de busca do desenvolvimento da sociedade.¹⁴⁶

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

[...] se buscou a mudança do conceito, do conteúdo, da essência e da aplicação do princípio da igualdade jurídica, com relevo dado à sua imprescindibilidade para a transformação da sociedade, a fim de se chegar a seu modelo livre, justa e solidária. Com a promoção de mudanças, com a adoção de condutas ativas, com a construção de novo figurino sócio-político. (ROCHA, 1996, p. 656)

145 Dentre os países com desenvolvimento humano elevado, conforme dados do PNUD acima citados, o Brasil ocupa o segundo lugar em desigualdade social (perdendo apenas para a Colômbia), atingindo 53,9 pontos no índice Gini – índice que mede a desigualdade social em uma escala de 0 a 100, segundo a qual quanto mais próximo do 0 mais igual é a sociedade e quanto mais próximo de 100, mais desigual é a sociedade. Com tal índice, o Brasil pode ser considerado um dos países mais desiguais do mundo, perdendo para países com baixo desenvolvimento humano, como por exemplo, Haiti (índice 59,5) (PNUD, 2011).

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

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

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

c) Artigo 5º, caput

Art. 5º. Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à *igualdade*, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]. (Grifo nosso)

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

O artigo 5º da CF autoriza a instituição das ações afirmativas, na medida em que a atual interpretação da igualdade, ou seja, conforme o paradigma do Estado Democrático de Direito, implica a atuação do Estado de forma a promover a igualdade, não se limitando a proibir práticas discriminatórias, conforme visto acima. O importante na interpretação do princípio da igualdade contido no artigo 5º é que o mesmo se efetive.¹⁴⁷

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

d) Artigo 206, inciso I

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

O artigo em análise também assegura o princípio da igualdade no ensino,¹⁴⁸ tanto para o acesso quanto para a permanência do indivíduo na escola. Para tanto, as ações afirmativas também se mostram como instrumento apto a realizar a igualdade aqui pretendida, na medida em que aumenta o acesso de grupos excluídos aos bancos escolares, bem como, a depender do tipo de ação adotada, possibilita a permanência do indivíduo na vida escolar.¹⁴⁹

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

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

148 Embora ao longo desta obra ensino e educação foram utilizados como sinônimos, necessária se faz a análise de sua diferenciação: “O termo educação às vezes é usado em sentido ativo e dinâmico, como processo, e às vezes em sentido estático – como resultado. A expressão educar deriva do latim *ex ducere*, e significa conduzir desde fora ou para fora (extrair). Trata-se da tarefa de conformar a personalidade humana em sua inteireza, pela formação de sua dimensão intelectual, moral e emotiva. Os estímulos de caráter afetivo e as informações se unem nessa tarefa, para atualizar as potências humanas. Com não pouca frequência usa-se o termo educação como sinônimo de instrução, uma vez que a transmissão de conteúdos intelectuais destaca-se na formação humana por ter a razão – *ratio* – como condutora. No entanto, a educação vai além da simples instrução: abrange o desenvolvimento integral da pessoa. [...] O artigo 206 se refere a *ensino*. Optou-se pelo conceito de ensino no lugar de educação. Por quê? Porque a parcela da educação que caberá ao Estado administrar deve se exteriorizar em atividade que possa ser organizada, gerenciada e fiscalizada pelos poderes públicos, em harmonia com a competência da família. Parte significativa da atividade estatal se exaure no ensino. A educação é uma realidade bem mais ampla” (PEREIRA JÚNIOR, 2009, p. 2228-2229).

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

Concretizando a Constituição, houve a criação de textos legais com vistas à promoção da igualdade, com a instituição de ações afirmativas. Podemos tomar como exemplo as leis que adotam ações para inclusão dos deficientes físicos, bem como a Lei eleitoral nº 9.504 de 1997, que impõe a reserva de 30% das vagas do partido a candidatos de cada sexo,¹⁵⁰ o que, em virtude do domínio masculino na sociedade brasileira durante muitos anos, com a proibição do voto feminino até 1932, se mostra como um grande avanço em prol das mulheres, sendo que vários autores se referem a essa previsão legal como uma ação afirmativa para igualdade de gênero.¹⁵¹

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

Outro instrumento legislativo importante na execução das ações afirmativas é o Decreto nº 4.228, de 13 de maio de 2002, que institui, no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas, prevendo, no artigo 2º, a adoção das seguintes ações, *in verbis*:

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

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

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

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

IV - Inclusão, nas contratações de empresas prestadoras de serviços, bem como de técnicos e consultores no âmbito de projetos desenvolvidos em parceria com organismos internacionais, de dispositivo es-

150 Lei nº 9.504/97: Art. 10, §3º. “Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo”.

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

tabelecendo metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência.

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

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da qual o Brasil é signatário,¹⁵² desde 1968, tendo sido promulgada por meio do Decreto nº 65.810, de 08 de dezembro de 1969, também reconhece a legalidade das políticas de ações afirmativas ao ditar em seu artigo II:

Artigo II [...]

2. Os Estados Partes adotarão, se as circunstâncias assim o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, medidas especiais e concretas para assegurar adequadamente o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos com o propósito de garantir-lhes, em igualdade de condições, o pleno exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, essa medidas não poderão, em hipótese alguma, ter o escopo de conservar direitos desiguais ou diferenciados para os diversos grupos raciais depois de alcançados os objetivos perseguidos.¹⁵³ (ONU, 2008)

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

153 “Quanto ao prisma racial, importa destacar que o documento oficial brasileiro apresentado à Conferência das Nações Unidas contra o Racismo, em Durban, na África do Sul (31 de agosto a 7 de setembro de 2001), defendeu, do mesmo modo, a adoção de medidas afirmativas para a população afro-descendente nas áreas de educação e trabalho. O documento propôs a adoção de ações afirmativas para garantir o maior acesso de afro-descendentes às universidades públicas, bem como a utilização, em licitações públicas, de um critério de desempate que considere a presença de afro-descendentes, homossexuais e mulheres no quadro funcional das empresas concorrentes. A Conferência de Durban, em suas recomendações, pontualmente nos parágrafos 107 e 108, endossa a importância

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

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

Analisada a compatibilidade das ações afirmativas com a Constituição da República de 1988, bem como a legalidade e legitimidade das mesmas, é importante que se analisem as críticas às ações afirmativas, bem como de que forma as ações afirmativas devem ser implementadas em consonância com a realidade brasileira.¹⁵⁴ É o que se faz a seguir.

de os Estados adotarem ações afirmativas para aqueles que foram vítimas de discriminação racial, xenofobia e outras formas de intolerância correlatas” (PIO-VESAN, 2005, p. 50).

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

3.4 Críticas às ações afirmativas

As ações afirmativas recebem inúmeras críticas.¹⁵⁵

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

A primeira crítica é a de que as ações afirmativas não realizam a igualdade, pelo contrário, infringem tal princípio, tendo em vista a discriminação que fazem dos grupos excluídos, o que acabaria por privilegiar determinados grupos em detrimento de outros.¹⁵⁶

O presente argumento não é de todo incorreto, tendo em vista que a prática das ações afirmativas implica em uma discriminação. Porém, a discriminação realizada pelas ações afirmativas constitui discriminação lícita, pois leva em conta as peculiaridades dos indivíduos e sua situação de inferioridade na sociedade.

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

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

Buscam assim diferenciar tais indivíduos, de forma a igualá-los aos grupos dominantes. Assim, tal crítica confunde os conceitos de discriminação ilícita e lícita, sendo que esta última impõe a diferenciação como forma de combate à primeira.

Dworkin esclarece a diferença entre uma e outra:

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

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

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

Dessa forma, as ações afirmativas não se apresentam em desatendimento aos direitos fundamentais. Pelo contrário, se apresentam como forma de efetivar e garantir esses direitos. A Constituição Federal prevê a aplicabilidade imediata¹⁵⁷ dos direitos fundamentais, mas não esgota a maneira de como esses direitos devem ser efetivados. Será no caso prático (situação concreta),¹⁵⁸ analisando-se qual a melhor forma de implementar as ações, de acordo com as peculiaridades do nosso País, que iremos densificar e materializar o conteúdo dos direitos fundamentais. Partindo da concepção atual de que a norma é o texto interpretado, impera a necessidade de contextualização das normas constitucionais às necessidades sociais contemporâneas.

Outra crítica decorrente do argumento acima afirma que a diferenciação imposta pelas ações afirmativas gerará acirramento da discriminação racial, levando-se em consideração a política de cotas, o que significa dizer que os candidatos que não atendam aos requisitos da política de cotas e forem preteridos sentirão maior ódio daqueles que conseguiram uma vaga “que era sua”.¹⁵⁹

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

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

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

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

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

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

Esta crítica também considera o fato de os profissionais egressos das universidades que nelas adentraram pelo sistema de ações afirmativas poderem vir a ser discriminados no mercado de trabalho. Em outras palavras, um paciente pode vir a se recusar a fazer um tratamento com um médico negro, considerando o fato de o mesmo ter ingressado na faculdade por meio de tal sistema; ou um cliente pode recusar a defesa de sua causa por um advogado negro pelo mesmo motivo.¹⁶⁰

segundo os quais os estudantes norte-americanos manifestaram-se abertos às experiências inter-raciais proporcionadas pelas ações afirmativas.

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

Mas o grau de exigência da Universidade, nas provas e exames realizados nos cursos de 4 ou 5 anos, será o mesmo para todos os alunos. Caso os que ingressaram pelo programa de ação afirmativa não estejam aptos a “acompanhar” a turma, eles não irão se formar. Por outro lado, há estatísticas¹⁶¹ que mostram que as notas dos bolsistas não são substancialmente inferiores às notas dos não bolsistas, ao longo dos 4 ou 5 anos de universidade. Portanto, a “discriminação” aos beneficiários de programas de ações afirmativas revela-se preconceituosa.

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

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

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

Temeroso com a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade das ações afirmativas nos Estados Unidos, Dworkin (2005) analisa a constitucionalidade das mesmas frente à 14ª Emenda, asseverando que a pesquisa *The Shape of the River* demonstrou o êxito de tais ações com o aumento das notas dos estudantes universitários negros. Aumentou também, ao longo das últimas

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

¹⁶¹ As quais serão vistas no Capítulo 4.

décadas, o número da liderança negra nos diversos setores da sociedade, bem como propiciou o estabelecimento de laços de amizade inter-raciais. A pesquisa demonstra, ainda, que a declaração de inconstitucionalidade de tais medidas pela Suprema Corte reduziria drasticamente o número de negros nas universidades, bem como em cursos mais tradicionais, como Direito e Medicina, o que significaria grande perda para a justiça racial, o que faz Dworkin indagar: “Será que a Suprema Corte decretará que a Constituição exige que aceitemos essa derrota?” (DWORKIN, 2005, p. 583).

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

Uma das críticas com mais adeptos no Brasil, tendo em vista as peculiaridades do povo brasileiro, fundamenta-se na causa da desigualdade em nosso País. Segundos tais argumentos, a fonte da desigualdade brasileira não reside na discriminação racial, mas sim nas diferenças de classes sociais; ou seja, no Brasil discrimina-se quem é pobre, não quem é negro.¹⁶²

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

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

Segundo a Síntese de indicadores sociais de 2009 (IBGE, 2009), a população brasileira se compõe da seguinte forma: 48,4% branca, 6,8% preta, 43,8% parda, 0,9% indígena; ou seja, atualmente, 50,6% da população brasileira é composta por negros (pretos e pardos).

Considerando que, no ano de 2009, a população negra é maior que a branca, estranha o fato de o indicador acima apontar que, dos estudantes de 18 a 24 anos de idade de cor ou raça branca, 60,3% frequentam o ensino superior (Graduação, Mestrado ou Doutorado), enquanto a porcentagem da população negra em tal situação é de 28,7% (IBGE, 2009).¹⁶³

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

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

No Brasil, a discriminação racial fundamenta-se na aparência física do indivíduo.¹⁶⁴ Tal afirmativa foi comprovada, recentemente, através do estudo *A cabeça do brasileiro*, de Alberto Carlos Almeida (2007), no qual o professor da Universidade Federal Fluminense analisou a mentalidade da população brasileira sob vários aspectos, por meio da Pesquisa Social Brasileira (PESB), realizada entre os meses de julho e outubro de 2002, com a realização de inúmeras entrevistas, em 101 municípios brasileiros, incluindo as capitais de todos os estados brasileiros, além do Distrito Federal.

A análise do “preconceito de cor ou racial no Brasil” se deu por meio de uma entrevista, quando foram exibidos aos entrevistados oito fotos de pessoas

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

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

de diferentes cores, conforme a classificação do IBGE (brancos, pretos e pardos, com exceção de amarelos e índios).

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

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

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

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

Merece destaque o fato de a maioria dos entrevistados apontarem o indivíduo de pele mais escura como aquele com menos chances/oportunidades na vida (36%), bem como parecer ser o mais pobre (22%).¹⁶⁵

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

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

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

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

A característica distintiva do racismo brasileiro é que ele não incide sobre a origem racial das pessoas, mas sobre a cor de sua pele. Nessa escala, negro é o negro retinto, o mulato já é o pardo e como tal meio branco, e se a pele é um pouco mais clara, já passa a incorporar a comunidade branca; acresce que aqui se registra, também, uma branquização puramente social ou cultural. É o caso dos negros que, ascendendo socialmente, com êxito notório, passam a integrar grupos de convivência dos brancos, a casar-se entre eles e, afinal, a serem tidos como brancos. A definição brasileira de negro não pode corresponder a um artista ou a um profissional exitoso; exemplifica essa situação o diálogo de um artista negro, o pintor Santa Rosa, com um jovem, também negro, que lutava para ascender na carreira diplomática, queixando-se das imensas barreiras que dificultavam a ascensão das pessoas de cor. O pintor disse, muito comovido: “Compreendo perfeitamente o seu caso, meu caro. Eu também já fui negro”. (RIBEIRO, 1995, p. 225)

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

O negro que dirige um carro de luxo e é confundido com um motorista, e, por isso, maltratado, é mais vítima de “classismo” do que de racismo. Uma vez desfeito o mal-entendido, um tapete vermelho se estende para a vítima. Em outros países, o negro, mesmo rico,

continuará a ser discriminado, dirigindo um fusca ou um Mercedes. Isso não torna o “classismo” menos odioso que o racismo. São sentimentos igualmente repulsivos, como toda forma de preconceito. (KAMEL, 2006, p. 101)

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

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

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

[...] as percepções pelo modo como estamos a ver com maior frequência. [...] Se alguém prefere que sua filha venha a se casar com um branco e não com um pardo, será este o primeiro passo para

induzir a moça, ou outras pessoas de seu relacionamento pessoal, a se comportar de acordo. (ALMEIDA, 2007, p. 246)

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

Em visita ao Brasil, entre os dias 17 e 26 de outubro de 2005, o relator especial do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Sr. Doudou Diène, concluiu que a discriminação racial, nos últimos cinco séculos, não só está profundamente enraizada no Brasil, como influencia toda a estrutura da sociedade, assim como a falta de representatividade e de identidade cultural dos negros brasileiros, uma vez que sua religião é transformada em folclore, forma encontrada para disfarçar o racismo e a discriminação (DIÈNE, 2005).¹⁶⁶ O relator do PNUD ainda reconheceu a necessidade de adoção de medidas para diminuir e eliminar o racismo da sociedade brasileira.¹⁶⁷

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

A discriminação racial expressa desprezo, e é profundamente injusto e prejudicial ser condenado pelas características naturais; a discriminação racial é, sobretudo, destruidora da vida de suas vítimas – não lhes rouba uma ou outra oportunidade que esteja acessível a outrem, mas os prejudica em quase todas as perspectivas e esperanças

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

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

que possam imaginar. Em uma sociedade racista, as pessoas são de fato rejeitadas pelo que são e é, portanto, natural que as classificações raciais sejam encaradas como capazes de infligir um tipo de danos (*sic*) especial. Seria, contudo, cruel desaprovar o uso de tais classificações para combater o racismo, que é a verdadeira e constante causa de tais danos. O caráter psicológico especial da raça não é um fato fixo ao qual as políticas devam sempre respeitar. É um produto e sinal do racismo, e não se deve permitir que proteja o racismo que o gerou. (DWORKIN, 2005, p. 577)

À afirmação de que as vagas deveriam ser oferecidas aos alunos pobres, em vez de negros, tendo em vista que há muitos negros com boas condições de vida, Dworkin (2005) responde que a inserção de pobres, em vez de negros, não seria suficiente para satisfazer a diversidade racial pretendida, justamente em razão da cor ser determinante para codificar um indivíduo e a ele serem associados “estereótipos, desconfianças, temores e ódios” (DWORKIN, 2005, p. 571). Isso porque o preconceito que se pretende combater é o racial. E não vê o autor norte-americano problema de um programa de cotas beneficiar negros ricos, pois acredita ser fundamental a admiração e conhecimento entre negros e brancos: “se alguns negros não tiverem a classe, a cultura ou outras características que lhes sejam associadas por estereótipos, é óbvio que isso aumenta, em vez de destruir, as vantagens da diversidade racial”¹⁶⁸ (DWORKIN, 2005, p. 571).¹⁶⁹

Dworkin, considerando que as ações afirmativas visam a mudanças futuras e, em razão da sua justificativa distributiva para as ações afirmativas, conclui

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

169 Importante destacar que a análise de Dworkin da exclusão racial norte-americana se apresenta como inteiramente aplicável ao Brasil, pugnando o autor pela continuidade das ações afirmativas, afirmando, ao analisar a sociedade norte-americana, que: “Em todas as dimensões nas quais nossa sociedade está estratificada – renda, riqueza, poder, prestígio e autoridade – os negros estão sub-representados nos níveis mais altos, e a estratificação racial *de facto* resultante é uma vergonha duradoura, um desperdício e um perigo” (DWORKIN, 2005, p. 568). Embora no Governo Lula muitos negros ocuparam/ocupem cargos de destaque (por exemplo, Joaquim Barbosa Gomes (STF); Benedita da Silva (Ministério da Assistência e Promoção Social); Gilberto Gil (Ministério da Cultura); Matilde Ribeiro (SEPPIR), substituída por Edson Santos, o que se observa na sociedade brasileira é a ausência da população negra nas diretorias e presidências de empresas, bem como os detentores das maiores titulações acadêmicas (doutorado e pós-doutorado) não são negros (o que se pode constatar com a simples observação do corpo docente de qualquer universidade).

pela possibilidade de se incluir o fator raça/cor nos processos seletivos, tendo em vista o aumento da diversidade do corpo discente:

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

Outra crítica amplamente utilizada contra as ações afirmativas, direcionada, principalmente, ao sistema de cotas é a que se funda no argumento de que o Governo deveria preocupar-se em melhorar o sistema educacional do País como um todo, e não resolver de forma paliativa um problema de bases mais profundas. Tal crítica é o principal argumento da população em geral contra as ações afirmativas, por isso merece maior atenção. Decorre desse argumento a afirmação de que as ações afirmativas podem ter como consequência o declínio no nível educacional das universidades, tendo em vista a recepção de alunos pouco preparados para a vida acadêmica.¹⁷⁰

170 Dworkin (2005) analisa a pesquisa *The shape of the river*, na qual se pergunta se as oportunidades oferecidas aos negros não seriam desperdiçadas, vez que seria melhor que estudassem em escolas menos exigentes, em razão de estatísticas que apontaram maior percentagem de evasão dos negros (66%), se comparada à dos alunos brancos (43%). O autor comprova que há uma manipulação das estatís-

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

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

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

No Brasil, contra tal argumento começam a aparecer os primeiros resultados do desempenho de alunos beneficiados pelas ações afirmativas. Em avaliação realizada pela Universidade de Brasília (UnB), divulgada pela Secretaria

ticas a favor de argumentos contra as cotas. Tais dados devem ser interpretados com cautela, pois o número de brancos é muito maior que o número de negros, o que significa que os 43% de brancos evadidos represente um número muito maior de evasão escolar se comparado aos 66% dos negros, o que leva a crer que as ações afirmativas não são a causa do fenômeno. Dworkin fornece como uma das justificativas para a evasão dos negros a situação financeira dos mesmos. Porém, verifica-se que, nas escolas mais exigentes, o índice de formandos negros é mais alto do que nas escolas menos exigentes, o que se justifica pelo incentivo que as mesmas dão à pesquisa, fornecendo bolsas de estudo e melhores condições para o aluno. “Tais escolas [mais exigentes] também têm recursos para criar programas de ‘orientação’ e outros para ajudar os negros, com formação anterior menos adequada em estudos e capacitação para pesquisas, a alcançarem o nível exigido, e o estudo demonstra o valor dessa ajuda em outras maneiras” (DWORKIN, 2005, p. 556). Poderíamos pensar nessa aplicação no Brasil, tendo em vista a qualidade da educação pública de base.

Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR), em setembro de 2008, na qual se comparou o desempenho entre alunos cotistas e não-cotistas, demonstrou-se que os primeiros obtiveram desempenho superior.

Numa escala de 0 a 5, os cotistas alcançaram em média um coeficiente de rendimento de 3,9, contra 2,3 dos não-cotistas. A média de trancamento entre os cotistas é de 0,5, contra 1,0 dos não cotistas. E as reprovações entre os cotistas alcançam 1,5, contra 3,5 dos demais.¹⁷¹ (BRASIL, 2008)

Finalmente, resta-nos analisar a crítica direcionada à dificuldade de implementação das ações afirmativas, tendo em vista a impossibilidade de se classificar quem é negro no Brasil. Apoia-se tal crítica no reconhecimento científico da inexistência de raças,¹⁷² questiona-se se as ações afirmativas não acirrarão a necessidade de divisão da sociedade em raças, tendo em vista considerar tal fator para se conceder benefícios a determinado grupo discriminado.

Tal crítica encontra-se fundamentada na obra *Uma gota de sangue: história do pensamento racial* do sociólogo Demétrio Magnoli, o qual afirma que: “Os

171 Devem-se analisar os dados com cautela, tendo em vista que, atualmente, a UnB possui corpo discente na graduação formado por 19.583 alunos, dos quais 2.332 são beneficiários oriundos do Sistema de Cotas para Negros, o que, em porcentagem, representa 11,9% do corpo discente (BRASIL, 2008). O que nos leva a concluir que o índice de trancamento dos cotistas ainda é alto, quando comparado ao dos não-cotistas, o que deve ser observado, vez que a intenção das ações afirmativas é que os alunos beneficiados se formem. A universidade deve estar atenta para o alcance de meios para que os estudantes consigam alcançar tal êxito.

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

brasileiros não aprenderam a separar as pessoas segundo o cânone do mito da raça. Nós imaginamos que as águas podem – e devem! – Se misturar. Que a única raça importante é a raça humana” (2009, p. 383).

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

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

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

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

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

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

sempre com muita repercussão junto ao público, são fatos isolados” (ALMEIDA, 2007, p. 266).

Pudemos ver que as críticas¹⁷³ contra as ações afirmativas não são bem fundamentadas, o que não significa que não se deve ter cautela quando da implementação de tais políticas. De todo modo, não se pode negar a necessidade urgente de políticas de inclusão social no Brasil como forma de combate às desigualdades no nosso País. O que não pode haver é o descarte das ações afirmativas, tendo em vista o objetivo a que as mesmas se propõem, qual seja, promoção da diversidade racial, de um convívio mais harmonioso entre pessoas que, hoje, dificilmente interagem, e de realização da igualdade substancial.¹⁷⁴

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

174 Dworkin (2005), avaliando as críticas direcionadas às ações afirmativas, conclui que tais ações não são contraproducentes, tampouco injustas: “ não temos

3.5 Implementação das ações afirmativas

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

É necessário que se tenha em mente o caráter temporário das ações afirmativas, ou seja, as ações afirmativas devem perdurar enquanto houver discriminação racial e enquanto a diversidade racial nas universidades for diminuta.¹⁷⁵ Cumprido o objetivo a que se propõem, não mais as ações afirmativas serão necessárias.

Conforme visto acima, as ações afirmativas não se restringem à política de cotas, porém, estas últimas se apresentam como um dos mecanismos mais importantes de desenvolvimento das ações afirmativas. A política de cotas seria a reserva de um percentual de vagas aos negros, que concorreriam entre si a essas vagas.¹⁷⁶ As cotas são as ações afirmativas que mais recebem críticas, conforme visto no tópico anterior, sendo necessário, para sua implementação, enorme cuidado, com vistas a não infringir o princípio da igualdade e adaptar tais políticas da forma mais adequada à realidade brasileira.¹⁷⁷

motivo para proibir a ação afirmativa universitária, como arma contra nossa deplorável estratificação racial, exceto nossa indiferença ao problema, ou nossa ira petulante por ela não ter desaparecido sozinha” (DWORKIN, 2005, p. 579).

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

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

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

As cotas fixas¹⁷⁸ consistem na reserva de um número ou percentual determinado de vagas aos representantes das minorias, tal qual é feito no Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (Lei nº 8.112/90 – artigo 5º, §2º), em que se reserva 20% das vagas dos concursos públicos para portadores de deficiência.

É o sistema atualmente adotado em várias universidades brasileiras,¹⁷⁹ sendo passível de críticas dos autores que defendem a realização de ações afirmativas no Brasil, tais como Cruz (2005), para quem tais programas têm se apresentado como “quotas cegas” (CRUZ, 2005, p. 208) e Gomes (2001).

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

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

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

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

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

afirmativas é preferível ao sistema de cotas fixas,¹⁸⁰ embora o autor reconheça a constitucionalidade também deste último:

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

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

Cotas flexíveis, no entanto, além de reservar percentual de vagas para grupos socialmente discriminados, admitem outras características do indivíduo na reserva dessas vagas, ou seja, ser negro, ser mulher, ser deficiente, não são suficientes para os indivíduos beneficiarem-se das cotas. Há necessidade de outros elementos, por exemplo, pertencer a determinada classe social, dentre outros, o que implica maior aceitação destas se comparadas com aquelas. As cotas flexíveis são a modalidade de ação afirmativa utilizada pelo PROUNI, bem como pela Lei 12.711/2012 (Lei de cotas nas universidades), que serão tratados em tópicos específicos.

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

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

Também constituem sistemas de preferências as ações afirmativas já adotadas nos Estados Unidos por meio de contratos da Administração Pública. Dessa forma, o Governo pode preferir contratar com empresas que mantenham em seus quadros maior diversidade étnica ou racial, destacando Gomes (2001) o poder de barganha do Estado na execução das ações afirmativas nessa modalidade.

O estabelecimento de ações afirmativas por meio de contratos com a Administração Pública teve início com a *Executive Order* nº 11.246/65, do Presidente Lyndon B. Johnson, pela qual ficou estatuído que o Estado somente contrataria com empresas que integrassem nos seus quadros candidatos pertencentes às minorias, bem como oferecessem às mesmas possibilidades reais de ascensão em sua carreira.

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

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

Outra vantagem do regime é que a empresa precisaria manter esses percentuais de funcionários beneficiários sob pena de, se assim não proceder, não ter condições de continuar a usufruir da isenção. [...] É importante destacar que essas ações precisam ser transitórias, posto que apenas tentam corrigir distorções já existentes. Paralelamente a essas políticas é preciso uma reeducação social que viabilize, num futuro não muito distante, o fim dessas exclusões étnicas, raciais ou de gênero, etc. (FREIRE JÚNIOR, 2003)

Quanto à condição de distribuição de recursos, o Estado poderia atentar para instituições educacionais, ressaltando novamente Gomes (2001) o poder de barganha que o mesmo dispõe, ou seja, as universidades que recebam recursos públicos devem adotar políticas de ações afirmativas. É o que ocorre nos Estados Unidos, por meio das chamadas *spending clauses* adotadas no Estatuto dos Direitos Civis (1964). Tendo em vista que as universidades americanas são controladas pelos governos estaduais, o governo federal nelas interfere condicionando a distribuição dos recursos públicos à adoção de programas de inclusão social tanto no corpo docente, quanto no corpo discente.¹⁸¹

Outra maneira de estabelecimento das ações afirmativas é por meio do resgate da História e da valorização das populações minoritárias, como forma de resgate da autoestima e da autoconfiança da população negra. Essas medidas atendem ao artigo VII da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, que preceitua:

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

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

Art. 26-A Nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, torna-se obrigatório o estudo da histó-

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

ria e cultura afro-brasileira e indígena.

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

§2º Os conteúdos referentes à história e cultura afro-brasileira e dos povos indígenas brasileiros serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de educação artística e de literatura e história brasileiras.¹⁸²

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

Art. 79-A. (VETADO)

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

A História oficial brasileira sempre reservou aos negros o papel dos escravos sofridos, subestimando, reduzindo e até ocultando a participação dos negros nos acontecimentos históricos do Brasil, o que se apresenta como prejuízo aos estudantes negros, que não reconheciam a importância do seu papel na construção do nosso País. Pode-se dizer que a história é mal contada: a abolição da escravidão é relatada como algo repentino com isenção total da participação dos escravos, vista como atitude generosa única e exclusiva dos brancos, embora, hoje, se reconheça a importância da luta negra para o seu acontecimento.¹⁸³

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

183 “O exemplo mais notável desse reforçamento da não-identidade dos não-brancos ocorre nas escolas de 1º grau, quando se estuda a abolição da escravidão. Nessa ocasião, a criança negra se vê vinculada às ‘pobres criaturas’ (os escravos) que não têm história, isto na versão da historiografia oficial. O torpor que a

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

A criação de órgãos governamentais específicos para políticas voltadas aos grupos minoritários também se mostra como importante política de inclusão social. No âmbito federal, destaca-se a Secretaria Especial de Políticas e Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR), secretaria esta componente da estrutura da Presidência da República. A criação de órgão destinado à população negra foi seguida pelo Estado de Minas Gerais, com o Conselho Estadual de Participação e Integração da Comunidade Negra (CCN/MG), e pelo Município de Belo Horizonte, através da Coordenadoria para Assuntos da Comunidade Negra (COMACON).¹⁸⁴

criança tem ao se saber presa a essa história, na verdade uma história que nega a sua própria história, é muito grande. Se por um lado isso constrange, humilha e reduz a criança negra, outros efeitos ocorrem nas demais crianças. As mestiças vão ter mais ‘razões’ para se afastarem do seu lado negro. Quanto às brancas e amarelas, vão ‘entender’ que a origem negra é esse engodo; aliás, oficial. Enfim, a historiografia brasileira e os demais estudos sociais não trazem às crianças, como um todo, o que elas efetivamente são em termos de raça, cultura e história. Isto vale tanto para as não-brancas (pretas e pardas) como para as demais. As práticas escolares definem a ‘concepção de mundo’ das crianças. É o que podemos chamar de ‘ritual pedagógico’. Tal ritual exclui a luta das populações negras na sociedade brasileira. Mais ainda, o ideal de ego branco é o que as crianças negras passam a reivindicar para si na ausência de uma identidade que possa fortalecer” (SANTOS, 2000, p. 62).

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

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

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

Em ação conjunta do Legislativo e do Executivo, novamente voltamos a destacar o avanço significativo da Lei nº 10.678 de 23 de maio de 2003, que cria a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR), da Presidência da República, vindo a compor o Poder Executivo como órgão de assessoramento imediato ao Presidente da República na promoção da igualdade racial, conforme o artigo 2º da referida Lei:

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

O Poder Legislativo tem como exemplos de atuação significativa em políticas de ações afirmativas a promulgação de leis antirracistas, tais como a Lei nº 7.716/1989, o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), a Lei de cotas nas universidades (Lei nº 12.711/2012), a Lei nº 12.990/2014, que insere cotas raciais na realização de concursos públicos no âmbito da Administração Pública da União e outras que têm como principal objetivo complementar a Constituição ao tipificar condutas que caracterizem racismo.¹⁸⁵

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

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

Outro papel importante do Judiciário é a interpretação das leis que instituem ações afirmativas, bem como o julgamento de ações que envolvam tais políticas, consolidando o entendimento de sua constitucionalidade.¹⁸⁶

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

186 A esse respeito é importante lembrar o papel fundamental desempenhado pelo Judiciário norte-americano na concretização e entendimento das ações afirmativas, conforme visto quando tratamos da origem do instituto. Cruz (2005) explica de que forma a Corte Americana julga a necessidade e legitimidade das ações

Já o Executivo pode atuar em todas as modalidades de implementação das ações afirmativas tratadas acima: com o estabelecimento de cotas, utilizando-se do seu poder de barganha, concedendo benefícios fiscais ou condicionando a destinação de recursos públicos a entidades adotantes de medidas antidiscriminatórias; criação de órgãos com atendimento, políticas e objetivos focados à população negra ou a atuação mais efetiva dos órgãos já criados para promoção da igualdade racial com formulação de políticas de combate ao racismo que envolvam a sociedade como um todo; a conscientização da população com a produção de festivais de arte negra¹⁸⁷ e outras medidas que valorizem a atuação do povo negro como parte importante e fundamental do desenvolvimento da Nação.

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

[...] a Lei Orgânica do Ministério Público da União acrescentou ao elenco das atribuições desse órgão a defesa dos direitos das ‘minorias étnicas’, atribuição essa exercitável justamente pela via da ação civil pública. Portanto, no plano puramente normativo, não existe qualquer obstáculo à atuação do MP na proteção aos direitos de grupos étnicos minoritários. Ao contrário, existe autorização expressa, como já visto. Isto significa que a propositura de ação civil pública

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

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

com vistas à defesa de direitos e interesses de minorias étnico-raciais independe de autorização legislativa específica, ao contrário do que vêm decidindo algumas cortes brasileiras, quando convocadas a decidir ações coletivas em outras áreas, como, por exemplo, na área de impostos. (GOMES, 2001, p. 395)

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

A existência de discriminação racial em um País é um eco retrógrado do período escravagista e sua eliminação deve interessar a toda sociedade, e não somente aos atingidos, o que é feito por meio de educação, conscientização e proteção da pluralidade. Portanto, é necessária também a atuação privada¹⁸⁸ visando à erradicação no racismo.

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

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

A sociedade civil deve encarar como dever seu – e não só do Estado – o combate à discriminação racial, bem como a luta pela justiça social e racial, como forma de consolidação da democracia e efetividade do Estado Democrático de Direito. Assim, as ações afirmativas só alcançarão o verdadeiro êxito quando se incutir na população a necessidade de respeito mútuo entre os cidadãos.¹⁸⁹

A inclusão social de uma população cultural, social e historicamente marginalizada, como é a população negra, deve quebrar uma barreira, sobretudo, psicológica. Dessa forma, as ações afirmativas, por si só, não são capazes de alterar o segregacionismo vigente se a sociedade não estiver disposta a tanto.

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

189 Atualmente, o racismo se sofisticou com a utilização das redes sociais para a propagação de ofensas contra a população negra. Neste ponto, apresenta-se essencial a atuação da sociedade civil, tanto para a alteração de uma cultura que considera normal a reprodução de piadas (que, nas redes sociais, possuem o nome de “memes”) de cunho racista (sexista, homofóbico e xenofóbico), impedindo a viralização deste tipo de conteúdo quanto para denunciar tais postagens quando com elas se depararem.

Deve-se destacar também que a defesa que se faz das ações afirmativas é que as mesmas se façam como mecanismo de inclusão social, e não com vistas ao aumento da separação, como pretendem alguns projetos,¹⁹⁰ mas que a população brasileira conviva bem com todas as cores que formam a nossa diversidade, com respeito ao pluralismo e aos direitos fundamentais.

Tendo em vista as possibilidades de realização das ações afirmativas, resta-nos questionar quais seriam as mais adequadas para a extinção da discriminação racial na Educação do nosso País. Deve-se perguntar também: O sistema de cotas deve ser implementado no Brasil? Caso positivo, de que forma o mesmo deve ser feito: cotas fixas para negros, cotas fixas para pobres ou cotas flexíveis para negros pobres? Para se encontrar uma solução, necessária se faz a análise das ações afirmativas já executadas nas universidades brasileiras, os seus pontos positivos e negativos, o que será feito no Capítulo 5.

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

Capítulo 4: Análise do “Estatuto da Igualdade Racial”: Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010

O Estatuto da Igualdade Racial, Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, é resultado do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 213/2003, elaborado pelo Senador Paulo Paim, em 29 de maio de 2003.

O Estatuto da Igualdade Racial foi publicado com 65 artigos que dispõem sobre as diversas áreas da sociedade, como por exemplo, saúde, trabalho, cultura, dentre outras, sendo importante destacar que o mesmo abrange todas as formas de implementação das ações afirmativas citadas no tópico anterior.

Nesta obra, a análise da Lei nº 12.288/2010 será feita tendo em vista as doutrinas e conceitos já estudados anteriormente, tecendo-se breves comentários acerca de seus dispositivos.

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

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

Neste artigo a Lei enumera os seus objetivos, quais sejam: efetivação da igualdade de oportunidades, devendo-se considerar esta como relativa às oportunidades que os indivíduos terão ao longo de sua vida, e não somente relacionada à igualdade somente na “linha de largada”;¹⁹¹ defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos, com a previsão de garantias e a punição de atos atentatórios à igualdade racial; combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica, também por meio das punições, além da implementação das ações afirmativas previstas nesta Lei.

Uma vez que um dos seus objetivos é o combate à discriminação racial, desigualdades e outras formas de intolerância étnica, apresenta a Lei, no parágrafo único do artigo 1º, definições acerca do tema tratado:

191 *Vide* tópico 2.2.2.

Art. 1º [...]

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto considera-se:

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

II - Desigualdade racial: toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica;

III - Desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade, que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais;

IV - População negra: o conjunto de pessoas que se autodeclararam pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, ou adotam autodefinição análoga;

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

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

Deve-se observar que as ações afirmativas tratadas no referido parágrafo visam também à promoção da igualdade de oportunidades, a qual se pode entender como utilizada no sentido de se assegurar o que Dworkin (2005) chama de igualdade de recursos,¹⁹² tendo em vista que, pelo teor de todo o conteúdo do referido Projeto de Lei, a intenção é que se assegure esse tipo de igualdade. É dessa maneira que a expressão “igualdade de oportunidades” será interpretada ao longo do estudo do Estatuto.

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

¹⁹² Diferença estudada no tópico 3.2.

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

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

O artigo em tela reconhece como dever do Estado e da sociedade a garantia da igualdade de oportunidades e do direito à participação. A atribuição de tal dever à sociedade a responsabiliza na efetivação da igualdade, ou seja, a igualdade deve ser uma realização de cada indivíduo em prol da plenitude da democracia.

É importante que se observe que o Estatuto da Igualdade Racial fundamenta-se em ambos os argumentos de justificação das ações afirmativas: compensatório e o distributivo, no qual se insere o da eficiência/utilidade, também se baseando nos direitos fundamentais,¹⁹³ conforme se pode ver no artigo 3º:

Art. 3º Além das normas constitucionais relativas aos princípios fundamentais, aos direitos e garantias fundamentais e aos direitos sociais, econômicos e culturais, o Estatuto da Igualdade Racial adota como diretriz político-jurídica a inclusão das vítimas de desigualdade étnico-racial, a valorização da igualdade étnica e o fortalecimento da identidade nacional brasileira.

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

No artigo 4º, destaca-se mais uma vez a preocupação com a igualdade de oportunidades, quando se estabelecem quais as medidas serão adotadas para que a mesma se efetive.

193 *Vide* tópico 3.2.

Art. 4º A participação da população negra, em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de:

I - Inclusão nas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social;

II - Adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa;

III - Modificação das estruturas institucionais do Estado para o adequado enfrentamento e a superação das desigualdades étnicas decorrentes do preconceito e da discriminação étnica;

IV - Promoção de ajustes normativos para aperfeiçoar o combate à discriminação étnica e às desigualdades étnicas em todas as suas manifestações individuais, institucionais e estruturais;

V - Eliminação dos obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a representação da diversidade étnica nas esferas pública e privada;

VI - Estímulo, apoio e fortalecimento de iniciativas oriundas da sociedade civil direcionadas à promoção da igualdade de oportunidades e ao combate às desigualdades étnicas, inclusive mediante a implementação de incentivos e critérios de condicionamento e prioridade no acesso aos recursos públicos;

VII - Implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à educação, cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, à Justiça, e outros.

Merece destaque o inciso III, tendo em vista o reconhecimento no mesmo da necessidade de alteração das “estruturas institucionais do Estado para o adequado enfrentamento e a superação das desigualdades étnicas decorrentes do preconceito e da discriminação étnica”, o que significa o próprio reconhecimento do despreparo institucional estatal, até então, para lidar com a desigualdade racial. Tal reconhecimento é de extrema importância para alteração da mentalidade racista brasileira, sendo assim, assumir a necessidade de uma mudança institucional implica o reconhecimento de que ainda há, por parte do Estado, atitudes discriminatórias.

O inciso IV reconhece a necessidade de aprimoramento das normas de combate à discriminação de forma a torná-las eficazes.

No inciso V, demonstra-se novamente a necessidade de alteração da mentalidade racista do brasileiro. Os resultados das ações afirmativas, sobretudo,

no que tange à representatividade do negro em todas as esferas da sociedade, aliados a propagandas antirracistas e punição de atos atentatórios à igualdade racial são instrumentos que propiciam a eliminação dos obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a representação da diversidade étnica tanto na esfera pública quanto na privada.

O Estatuto da Igualdade Racial buscou abranger todas as esferas da sociedade nas quais a discriminação racial se manifesta ou possa se manifestar, dessa forma, as ações a serem adotadas para consecução dos seus objetivos são tratadas na lei de forma exemplificativa.

No parágrafo único deste artigo, leva-se em consideração os danos causados à população negra quando da formação social do Brasil. *In verbis*:

Parágrafo único. Os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País.

Ao final das *Disposições preliminares*, no artigo 5º, é instituído o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Sinapir), que será estabelecido no Título III: Artigo 5º Para a consecução dos objetivos desta Lei, é instituído o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Sinapir), conforme estabelecido no Título III.

Segue-se às *Disposições preliminares* da Lei o Título II, o qual se destina à previsão dos Direitos Fundamentais, iniciando-se com o Capítulo I, nos quais são previstos os dispositivos relacionados ao Direito à Saúde, havendo neste ponto uma preocupação com a erradicação da discriminação racial na área da saúde, bem como a instituição de um conjunto de ações de saúde voltadas à população negra, denominado como Política Nacional de Saúde Integral da População Negra, além da previsão de incentivos específicos para a garantia do direito à saúde dos moradores das comunidades remanescentes de quilombos.

CAPÍTULO I – DO DIREITO À SAÚDE

Art. 6º O direito à saúde da população negra será garantido pelo poder público mediante políticas universais, sociais e econômicas destinadas à redução do risco de doenças e de outros agravos.

§1º O acesso universal e igualitário ao Sistema Único de Saúde (SUS) para promoção, proteção e recuperação da saúde da população negra será de responsabilidade dos órgãos e instituições públicas

federais, estaduais, distritais e municipais, da administração direta e indireta.

§2º O poder público garantirá que o segmento da população negra vinculado aos seguros privados de saúde seja tratado sem discriminação.

Art. 7º O conjunto de ações de saúde voltadas à população negra constitui a Política Nacional de Saúde Integral da População Negra, organizada de acordo com as diretrizes abaixo especificadas:

I - Ampliação e fortalecimento da participação de lideranças dos movimentos sociais em defesa da saúde da população negra nas instâncias de participação e controle social do SUS;

II - Produção de conhecimento científico e tecnológico em saúde da população negra;

III - desenvolvimento de processos de informação, comunicação e educação para contribuir com a redução das vulnerabilidades da população negra.

Art. 8º Constituem objetivos da Política Nacional de Saúde Integral da População Negra:

I - A promoção da saúde integral da população negra, priorizando a redução das desigualdades étnicas e o combate à discriminação nas instituições e serviços do SUS;

II - A melhoria da qualidade dos sistemas de informação do SUS no que tange à coleta, ao processamento e à análise dos dados desagregados por cor, etnia e gênero;

III - O fomento à realização de estudos e pesquisas sobre racismo e saúde da população negra;

IV - A inclusão do conteúdo da saúde da população negra nos processos de formação e educação permanente dos trabalhadores da saúde;

V - A inclusão da temática saúde da população negra nos processos de formação política das lideranças de movimentos sociais para o exercício da participação e controle social no SUS.

Parágrafo único. Os moradores das comunidades de remanescentes de quilombos serão beneficiários de incentivos específicos para a garantia do direito à saúde, incluindo melhorias nas condições ambientais, no saneamento básico, na segurança alimentar e nutricional e na atenção integral à saúde.

Passa-se ao estudo do Capítulo II do Estatuto, no qual se prevê o Direito à Educação, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer.¹⁹⁴

CAPÍTULO II – DO DIREITO À EDUCAÇÃO, À CULTURA, AO ESPORTE E AO LAZER

Seção I – Disposições Gerais

Art. 9º A população negra tem direito a participar de atividades educacionais, culturais, esportivas e de lazer adequadas a seus interesses e condições, de modo a contribuir para o patrimônio cultural de sua comunidade e da sociedade brasileira.

Art. 10. Para o cumprimento do disposto no art. 9º, os governos federal, estaduais, distrital e municipais adotarão as seguintes providências:

I - Promoção de ações para viabilizar e ampliar o acesso da população negra ao ensino gratuito e às atividades esportivas e de lazer;

II - Apoio à iniciativa de entidades que mantenham espaço para promoção social e cultural da população negra;

III - Desenvolvimento de campanhas educativas, inclusive nas escolas, para que a solidariedade aos membros da população negra faça parte da cultura de toda a sociedade;

IV - Implementação de políticas públicas para o fortalecimento da juventude negra brasileira.

O Estatuto da Igualdade Racial inova ao prever, no artigo 10, III, o desenvolvimento de campanhas educativas para desenvolvimento da solidariedade para com os membros da população negra. Tal artigo deve ser interpretado com muita cautela, tendo em vista que uma leitura mais rápida do mesmo pode implicar entendimento equivocado, no sentido de ser a população negra digna de compaixão.

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

Nas escolas, campanhas educativas nesse sentido se mostram importantes formas de combate à discriminação e repressão sofrida pelos negros por parte de outros alunos, que lhe atribuem apelidos, bem como chegam a ser agredidos fisicamente como resultado da discriminação, prática está atualmente muito discutida, denominada *bullying*.

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

Na seção II destinada à Educação, no Estatuto, inicialmente trata-se do resgate da importância da História da população negra na construção da identidade nacional, tornando como obrigatório nos estabelecimentos de ensino fundamental e médio, públicos e privados, o estudo da História Geral da África, bem como da população negra no Brasil, o que já é previsto nas Leis nº 9.394/1996 (artigo 26-A, citado no tópico acima), nº 10.639/2003 e nº 11.645/2008.

Define-se também que os conteúdos referentes à história da população negra no Brasil resgatem a importância da contribuição decisiva da população negra para o desenvolvimento social, econômico, político e cultural do País. Isso significa uma necessidade de revisão dos livros de História nacionais, os quais delegam aos negros papéis secundários e de pouca representatividade na história do nosso País. A escravidão não é abordada com a devida profundidade, e a sua abolição ainda é retratada como fruto de atos exclusivos dos brancos, e não como resultado da insurreição dos negros.

Seção II – Da Educação

Art. 11. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, é obrigatório o estudo da história geral da África e da história da população negra no Brasil, observado o disposto na Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

§1º Os conteúdos referentes à história da população negra no Brasil serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, resgatando sua contribuição decisiva para o desenvolvimento social, econômico, político e cultural do País.

§2º O órgão competente do Poder Executivo fomentará a formação inicial e continuada de professores e a elaboração de material didático específico para o cumprimento do disposto no *caput* deste artigo.

§3º Nas datas comemorativas de caráter cívico, os órgãos responsáveis pela educação incentivarão a participação de intelectuais e representantes do movimento negro para debater com os estudantes suas vivências relativas ao tema em comemoração.

Nesta seção, também há a previsão (artigo 12) de fomento à pesquisa e criação de linhas de pesquisa para temas referentes às relações raciais e a outros assuntos relacionados à população negra, assim como a previsão de incentivo da União, por meio dos órgãos competentes, às instituições de ensino superior públicas e privadas para que assegurem a pluralidade e a inclusão social (artigo 13), o que poderá ser realizado pelo sistema de preferências ou de incentivos fiscais e distribuição de recursos.

Incentiva também o Estatuto a atuação no âmbito privado, quando prevê, em seu artigo 17, o apoio do Poder Público às ações sócio-educacionais realizadas por entidades do Movimento Negro.

Art. 12. Os órgãos federais, distritais e estaduais de fomento à pesquisa e à pós-graduação poderão criar incentivos a pesquisas e a programas de estudo voltados para temas referentes às relações étnicas, aos quilombos e às questões pertinentes à população negra.

Art. 13. O Poder Executivo federal, por meio dos órgãos competentes, incentivará as instituições de ensino superior públicas e privadas, sem prejuízo da legislação em vigor, a:

I - Resguardar os princípios da ética em pesquisa e apoiar grupos, núcleos e centros de pesquisa, nos diversos programas de pós-graduação que desenvolvam temáticas de interesse da população negra;

II - Incorporar nas matrizes curriculares dos cursos de formação de professores temas que incluam valores concernentes à pluralidade étnica e cultural da sociedade brasileira;

III - Desenvolver programas de extensão universitária destinados a aproximar jovens negros de tecnologias avançadas, assegurado o princípio da proporcionalidade de gênero entre os beneficiários;

IV - Estabelecer programas de cooperação técnica, nos estabelecimentos de ensino públicos, privados e comunitários, com as escolas de educação infantil, ensino fundamental, ensino médio e ensino técnico, para a formação docente baseada em princípios de equidade, de tolerância e de respeito às diferenças étnicas.

Art. 14. O poder público estimulará e apoiará ações sócio-educacionais realizadas por entidades do movimento negro que desenvolvam atividades voltadas para a inclusão social, mediante cooperação técnica, intercâmbios, convênios e incentivos, entre outros mecanismos.

Finalmente, no que tange à Educação, o Estatuto da Igualdade Racial prevê, no artigo 15, que o poder público adotará programas de ação afirmativa, bem como estabelece como competência do Poder Executivo Federal o acompanhamento e avaliação dos programas tratados nesta seção.

Art. 15. O poder público adotará programas de ação afirmativa.

Art. 16. O Poder Executivo federal, por meio dos órgãos responsá-

veis pelas políticas de promoção da igualdade e de educação, acompanhará e avaliará os programas de que trata esta Seção.

Neste ponto do Estatuto, houve a alteração mais significativa do Projeto de Lei do Senado Federal nº 213/2003 – Substitutivo do Projeto de Lei nº 6.264/2005 da Câmara dos Deputados, que originou a Lei nº 12.288/2010, pois havia a Subseção I, do Capítulo II, Título I, na qual residia o principal motivo de discussões acerca da viabilidade de se promulgar esta Lei: a previsão do sistema de cotas na Educação.

Esta subseção foi inteiramente modificada, em virtude da aprovação, pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei nº 73/1999,¹⁹⁵ resultando na restrição à previsão da adoção de programas de ação afirmativa, em vez da detalhada previsão da adoção do sistema de cotas, conforme o projeto original. Retirado o ponto mais polêmico do projeto de lei houve maior viabilidade de sua aprovação.

O Projeto de Lei nº 73/1999 foi aprovado e sancionado, convertendo-se na Lei nº 12.711/2012, publicada no dia 29 de agosto de 2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências.

Quanto à cultura, o Estatuto determina que o poder público garanta o reconhecimento aos locais de manifestação coletiva e sociedades negras com comprovada trajetória histórica o seu caráter de patrimônio histórico e cultural, assim como incentive a celebração das personalidades e das datas comemorativas relativas à história do samba e de outras manifestações culturais de “matriz africana”, incentivando, ainda, que tais datas sejam comemoradas nas instituições de ensino públicas e privadas (artigos 17 a 19), o que acarreta, consequentemente, a alteração do calendário nacional, que até então somente reconhecia os feitos de personalidades brancas.

195 O qual será tratado no próximo capítulo, no tópico 5.4. Tendo em vista a completude da previsão do sistema de cotas pelo Projeto de Lei nº 73 – C de 1999, que se transformou na Lei 12.711/2012, no tópico 5.4 do próximo capítulo far-se-á a análise completa desta última, uma vez que a previsão de reserva dessa lei abarcou a previsão do Estatuto da Igualdade Racial, complementando-a em alguns pontos que ensejaram a proposta de Emenda ao Substitutivo do Projeto de Lei nº 6.264/2005 do deputado João Almeida, que sugeriu a supressão dos artigos 21 a 28 (todos tratam da política de cotas), tendo em vista que a discussão atual das cotas abrange a inclusão dos índios e dos indivíduos de baixa renda, não se restringindo à população negra.

Seção III – Da Cultura

Art. 17. O poder público garantirá o reconhecimento das sociedades negras, clubes e outras formas de manifestação coletiva da população negra, com trajetória histórica comprovada, como patrimônio histórico e cultural, nos termos dos arts. 215 e 216 da Constituição Federal.

Art. 18. É assegurado aos remanescentes das comunidades dos quilombos o direito à preservação de seus usos, costumes, tradições e manifestos religiosos, sob a proteção do Estado.

Parágrafo único. A preservação dos documentos e dos sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, tombados nos termos do §5º do art. 216 da Constituição Federal, receberá especial atenção do poder público.

Art. 19. O poder público incentivará a celebração das personalidades e das datas comemorativas relacionadas à trajetória do samba e de outras manifestações culturais de matriz africana, bem como sua comemoração nas instituições de ensino públicas e privadas.

Por fim, no que tange à cultura, há a previsão de registro e proteção da capoeira, “como bem de natureza imaterial e de formação da identidade cultural brasileira” (artigo 20).

Art. 20. O poder público garantirá o registro e a proteção da capoeira, em todas as suas modalidades, como bem de natureza imaterial e de formação da identidade cultural brasileira, nos termos do art. 216 da Constituição Federal.

Parágrafo único. O poder público buscará garantir, por meio dos atos normativos necessários, a preservação dos elementos formadores tradicionais da capoeira nas suas relações internacionais.

Na seção destinada ao esporte e lazer, há previsão de fomento pelo Poder Público de pleno acesso da população negra às práticas desportivas. A capoeira é tema novamente tratado pelo Estatuto, sendo reconhecida como desporto de criação nacional, e a atividade do capoeirista é reconhecida em todas as modalidades em que a capoeira se manifesta. Faculta-se o ensino da capoeira nas instituições públicas e privadas.

Seção IV – Do Esporte e Lazer

Art. 21. O poder público fomentará o pleno acesso da população

negra às práticas desportivas, consolidando o esporte e o lazer como direitos sociais.

Art. 22. A capoeira é reconhecida como desporto de criação nacional, nos termos do art. 217 da Constituição Federal.

§1º A atividade de capoeirista será reconhecida em todas as modalidades em que a capoeira se manifesta, seja como esporte, luta, dança ou música, sendo livre o exercício em todo o território nacional.

§2º É facultado o ensino da capoeira nas instituições públicas e privadas pelos capoeiristas e mestres tradicionais, pública e formalmente reconhecidos.

O Estatuto da Igualdade Racial dedica capítulo ao direito de liberdade de consciência e de crença, bem como ao livre exercício dos cultos religiosos de matriz africana, observando-se o artigo 5º, VI,¹⁹⁶ da Constituição Federal, devendo o Estado adotar uma postura combativa à intolerância religiosa e atitudes discriminatórias dirigidas aos seguidores dessas religiões. Assegura também que representantes de tais religiões participem, na mesma proporção das outras religiões, em comissões, conselhos, órgãos, bem como eventos e promoções (artigo 23 a 26).

CAPÍTULO III – DO DIREITO À LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA E AO LIVRE EXERCÍCIO DOS CULTOS RELIGIOSOS

Art. 23. É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da Lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

Art. 24. O direito à liberdade de consciência e de crença e ao livre exercício dos cultos religiosos de matriz africana compreende:

I - A prática de cultos, a celebração de reuniões relacionadas à religiosidade e a fundação e manutenção, por iniciativa privada, de lugares reservados para tais fins;

II - A celebração de festividades e cerimônias de acordo com preceitos das respectivas religiões;

III - A fundação e a manutenção, por iniciativa privada, de instituições beneficentes ligadas às respectivas convicções religiosas;

IV - A produção, a comercialização, a aquisição e o uso de artigos e

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

materiais religiosos adequados aos costumes e às práticas fundadas na respectiva religiosidade, ressalvadas as condutas vedadas por legislação específica;

V - A produção e a divulgação de publicações relacionadas ao exercício e à difusão das religiões de matriz africana;

VI - A coleta de contribuições financeiras de pessoas naturais e jurídicas de natureza privada para a manutenção das atividades religiosas e sociais das respectivas religiões;

VII - O acesso aos órgãos e aos meios de comunicação para divulgação das respectivas religiões;

VIII - A comunicação ao Ministério Público para abertura de ação penal em face de atitudes e práticas de intolerância religiosa nos meios de comunicação e em quaisquer outros locais.

Art. 25. É assegurada a assistência religiosa aos praticantes de religiões de matrizes africanas internados em hospitais ou em outras instituições de internação coletiva, inclusive àqueles submetidos a pena privativa de liberdade.

Art. 26. O poder público adotará as medidas necessárias para o combate à intolerância com as religiões de matrizes africanas e à discriminação de seus seguidores, especialmente com o objetivo de:

I - Coibir a utilização dos meios de comunicação social para a difusão de proposições, imagens ou abordagens que exponham pessoa ou grupo ao ódio ou ao desprezo por motivos fundados na religiosidade de matrizes africanas;

II - Inventariar, restaurar e proteger os documentos, obras e outros bens de valor artístico e cultural, os monumentos, mananciais, flora e sítios arqueológicos vinculados às religiões de matrizes africanas;

III - assegurar a participação proporcional de representantes das religiões de matrizes africanas, ao lado da representação das demais religiões, em comissões, conselhos, órgãos e outras instâncias de deliberação vinculadas ao poder público.

A Lei nº 12.288/2010 dedica também Capítulo ao acesso à terra e à moradia adequada, merecendo destaque neste ponto o reconhecimento da propriedade definitiva das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, o que já havia sido feito quando da promulgação da Constituição da República de 1988, no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Provisórias (ADCT),¹⁹⁷ além da previsão da elaboração e desenvolvimento de

197 Art. 68, ADCT, CF. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que

políticas públicas voltadas para o desenvolvimento sustentável de tais remanescentes, recebendo os mesmos, para fins de política agrícola, tratamento especial diferenciado, assistência técnica e linhas especiais de financiamento público para realização de suas atividades produtivas e de infraestrutura.

CAPÍTULO IV – DO ACESSO À TERRA E À MORADIA ADEQUADA

Seção I – Do Acesso à Terra

Art. 27. O poder público elaborará e implementará políticas públicas capazes de promover o acesso da população negra à terra e às atividades produtivas no campo.

Art. 28. Para incentivar o desenvolvimento das atividades produtivas da população negra no campo, o poder público promoverá ações para viabilizar e ampliar o seu acesso ao financiamento agrícola.

Art. 29. Serão assegurados à população negra a assistência técnica rural, a simplificação do acesso ao crédito agrícola e o fortalecimento da infraestrutura de logística para a comercialização da produção.

Art. 30. O poder público promoverá a educação e a orientação profissional agrícola para os trabalhadores negros e as comunidades negras rurais.

Art. 31. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

Art. 32. O Poder Executivo federal elaborará e desenvolverá políticas públicas especiais voltadas para o desenvolvimento sustentável dos remanescentes das comunidades dos quilombos, respeitando as tradições de proteção ambiental das comunidades.

Art. 33. Para fins de política agrícola, os remanescentes das comunidades dos quilombos receberão dos órgãos competentes tratamento especial diferenciado, assistência técnica e linhas especiais de financiamento público, destinados à realização de suas atividades produtivas e de infraestrutura.

Art. 34. Os remanescentes das comunidades dos quilombos se beneficiarão de todas as iniciativas previstas nesta e em outras leis para a promoção da igualdade étnica.

estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

O artigo 68 do ADCT foi regulamentado pelo Decreto nº 4.887/2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades de quilombos. No próprio decreto consta, em seu artigo 2º a definição de remanescentes das comunidades de quilombos, *in verbis*:

Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

Segundo o artigo 2º, §1º, do referido decreto a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade, sendo de competência do Ministério do Desenvolvimento Agrário, por meio do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sem prejuízo da competência concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 3º do Decreto nº 4.887/2003).¹⁹⁸

No que diz respeito à moradia, a Lei é sensível à população negra que vive em favelas, sendo importante destacar que a grande maioria das pessoas que residem em favelas são negras, uma vez que a população mais pobre do Brasil é composta majoritariamente por negros. De acordo com a Síntese de Indicadores Sociais do IBGE de 2009 (IBGE, 2009), a população 10% mais pobre do Brasil, segundo a distribuição do rendimento mensal familiar *per capita*, é composta de 73,7% de negros e 25,4% de brancos; enquanto o seletor grupo de 1% mais rico da população brasileira compõe-se de 82,7% brancos e 15% negros.

Seção II – Da Moradia

Art. 35. O poder público garantirá a implementação de políticas públicas para assegurar o direito à moradia adequada da população negra que vive em favelas, cortiços, áreas urbanas subutilizadas, degradadas ou em processo de degradação, a fim de reintegrá-las à dinâmica urbana e promover melhorias no ambiente e na qualidade de vida.

198 Atualmente, no Brasil, são reconhecidas 1597 remanescentes comunidades quilombolas certificadas.

Parágrafo único. O direito à moradia adequada, para os efeitos desta Lei, inclui não apenas o provimento habitacional, mas também a garantia da infraestrutura urbana e dos equipamentos comunitários associados à função habitacional, bem como a assistência técnica e jurídica para a construção, a reforma ou a regularização fundiária da habitação em área urbana.

Art. 36. Os programas, projetos e outras ações governamentais realizadas no âmbito do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS), regulado pela Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005, devem considerar as peculiaridades sociais, econômicas e culturais da população negra.

Parágrafo único Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estimularão e facilitarão a participação de organizações e movimentos representativos da população negra na composição dos conselhos constituídos para fins de aplicação do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS).

Art. 37. Os agentes financeiros, públicos ou privados, promoverão ações para viabilizar o acesso da população negra aos financiamentos habitacionais.

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

Art. 38. A implementação de políticas voltadas para a inclusão da população negra no mercado de trabalho será de responsabilidade do poder público, observando-se:

I - O instituído neste Estatuto;

II - Os compromissos assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção das Nações Unidas para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965;

III - Os compromissos assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção nº 111, de 1958, da Organização Internacional do Trabalho, que trata da Discriminação no Emprego e na Profissão;

IV - Demais compromissos formalmente assumidos pelo Brasil perante a comunidade internacional.

Determina-se expressamente que o Poder Público promova ações para que se assegure a igualdade de oportunidades para a população negra no mercado de trabalho, inclusive com a previsão de incentivos ao setor privado para que proceda da mesma forma, sendo evidente o destaque que se dá à inclusão e proteção das mulheres negras no mercado de trabalho, por meio dos parágrafos 4º a 6º, do artigo 39:

Art. 39. O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas.

§1º A igualdade de oportunidades será lograda mediante a adoção de políticas e programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda voltados para a população negra.

§2º As ações visando a promover a igualdade de oportunidades na esfera da administração pública far-se-ão por meio de normas estabelecidas ou a serem estabelecidas em legislação específica e em seus regulamentos.

§3º O poder público estimulará, por meio de incentivos, a adoção de iguais medidas pelo setor privado.

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

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

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

§7º O poder público promoverá ações com o objetivo de elevar a escolaridade e a qualificação profissional nos setores da economia que contem com alto índice de ocupação por trabalhadores negros de baixa escolarização.

Deve-se destacar acerca do §7º do artigo em comento sobre a necessidade da promoção das ações que objetivem à elevação da escolaridade e qualificação profissional dos trabalhadores negros de baixa escolarização, levando-se em consideração a discrepância entre os detentores de ensino superior do Brasil, de acor-

do com a cor da pele, além da alta taxa de analfabetismo funcional da população brasileira, representada mais uma vez substancialmente pela população negra. Dos brasileiros com 15 anos ou mais de idade, 21% são analfabetos funcionais, sendo que 15,8% dessa população é branca, e 51,8% é negra (IBGE, 2009).

Também são previstas ações para inclusão da população negra no mercado do trabalho por meio da atuação do Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador, além da previsão de estímulo à promoção de empresários negros e atividades voltadas ao turismo étnico:

Art. 40. O Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador (Codefat) formulará políticas, programas e projetos voltados para a inclusão da população negra no mercado de trabalho e orientará a destinação de recursos para seu financiamento.

Art. 41. As ações de emprego e renda, promovidas por meio de financiamento para constituição e ampliação de pequenas e médias empresas e de programas de geração de renda, contemplarão o estímulo à promoção de empresários negros.

Parágrafo único O poder público estimulará as atividades voltadas ao turismo étnico com enfoque nos locais, monumentos e cidades que retratem a cultura, os usos e os costumes da população negra.

Quanto à Administração Pública Federal, há a previsão da possibilidade de implementação de critérios para provimento de cargos em comissão e funções de confiança, de forma a ampliar a participação dos negros, buscando reproduzir a estrutura da distribuição étnica nacional. Tal medida também se mostra de extrema importância, devido à pouca representatividade da população negra nos quadros do serviço público nacional.

Art. 42 O Poder Executivo federal poderá implementar critérios para provimento de cargos em comissão e funções de confiança destinados a ampliar a participação de negros, buscando reproduzir a estrutura da distribuição étnica nacional ou, quando for o caso, estadual, observados os dados demográficos oficiais.¹⁹⁹

199 No Projeto de Lei, no Capítulo dedicado ao trabalho, eram previstas duas diretrizes a serem obedecidas, sendo a primeira delas nos moldes das políticas adotadas nos Estados Unidos (Executive Order 11.246/1965), de contratos públicos: “Art. 47. A implementação de medidas que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra na Administração Pública Federal obedecerá às seguintes diretrizes: I - desde a habilitação de empresas no processo licitatório, nacional ou internacional, que objetive contratação de obras, serviços,

O Estatuto passa a tratar da representatividade negra nos meios de comunicação (Dos meios de comunicação – Capítulo VI):

CAPÍTULO VI – DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Art. 43. A produção veiculada pelos órgãos de comunicação valorizará a herança cultural e a participação da população negra na história do País.

Art. 44. Na produção de filmes e programas destinados à veiculação pelas emissoras de televisão e em salas cinematográficas, deverá ser adotada a prática de conferir oportunidades de emprego para atores, figurantes e técnicos negros, sendo vedada toda e qualquer discriminação de natureza política, ideológica, étnica ou artística.

Parágrafo único. A exigência disposta no *caput* não se aplica aos filmes e programas que abordem especificidades de grupos étnicos determinados.

Art. 45. Aplica-se à produção de peças publicitárias destinadas à veiculação pelas emissoras de televisão e em salas cinematográficas o disposto no art. 44.

Art. 46. Os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional, as empresas públicas e as sociedades de economia mista federais deverão incluir cláusulas de participação de artistas negros nos contratos de realização de filmes, programas ou quaisquer outras peças de caráter publicitário.

§1º Os órgãos e entidades de que trata este artigo incluirão, nas espe-

compras e alienações pelo setor público, até o encerramento do contrato, exigirse-á a adoção de programas de promoção da igualdade racial; II - implementação gradativa de critérios de provimento de cargos em comissão e funções de confiança destinados a ampliar a participação de negros, até lograr correspondência com a estrutura da distribuição racial nacional ou, quando for o caso, estadual, observados os dados demográficos oficiais”.

Nesse sentido, o Projeto de Lei também propunha a alteração da Lei nº 8.666, de 1993, que trata das licitações e contratos da Administração Pública, prevendo como critério de desempate em licitações a manutenção pelo licitante de programas de promoção da igualdade racial (art. 49). A Lei nº 12.288/2010 manteve somente a segunda diretriz, assim como também optou-se por não se utilizar do critério de preferência nos contratos com a Administração Pública.

Ainda regulando o Trabalho, o projeto de lei autorizava a concessão pelos entes da federação de incentivos fiscais às empresas que mantenham cota de, no mínimo, 20% de empregados negros, se possuírem mais de 20 empregados (art. 54). Tal previsão também não figurou no texto legal publicado.

cificações para contratação de serviços de consultoria, conceituação, produção e realização de filmes, programas ou peças publicitárias, a obrigatoriedade da prática de iguais oportunidades de emprego para as pessoas relacionadas com o projeto ou serviço contratado.

§2º Entende-se por prática de iguais oportunidades de emprego o conjunto de medidas sistemáticas executadas com a finalidade de garantir a diversidade étnica, de sexo e de idade na equipe vinculada ao projeto ou serviço contratado.

§3º A autoridade contratante poderá, se considerar necessário para garantir a prática de iguais oportunidades de emprego, requerer auditoria por órgão do poder público federal.

§4º A exigência disposta no *caput* não se aplica às produções publicitárias quando abordarem especificidades de grupos étnicos determinados.

Neste capítulo, merece destaque a imposição do dever para a Administração Pública Direta e Indireta de inclusão nos contratos de realização de filmes, programas e outras peças publicitárias de cláusulas de participação de artistas negros, excetuando-se as produções publicitárias que abordarem, de forma específica, determinado grupo étnico.²⁰⁰

As ações e políticas voltadas para a população negra constituem, segundo a Lei nº 12.288/2010, o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (SINAPIR):

200 O texto final da lei foi aprovado excluindo-se o artigo 59 do Projeto de Lei do Senado Federal nº 213/2003 – Substitutivo do Projeto de Lei nº 6.264/2005 da Câmara dos Deputados, que acrescentava à Lei nº 7.716/1989, o artigo 20-A, criminalizando o racismo praticado na internet, não se restringindo somente à discriminação racial, mas também à discriminação ou preconceito com base na religião ou procedência nacional: “Art. 59. A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo: ‘Art. 20-A. Tornar disponível na rede mundial de computadores, ou em qualquer rede de computadores destinada ao acesso público, informações ou mensagens que induzam ou incitem a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa. Parágrafo único. O juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito judicial, sob pena de desobediência, a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação em rede de computador’.”

A exclusão de tal artigo resulta em prejuízo no combate à desigualdade racial, em face da recorrência das discriminações praticadas nas várias redes sociais da internet.

TÍTULO III – DO SISTEMA NACIONAL DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL (SINAPIR)

CAPÍTULO I – DISPOSIÇÃO PRELIMINAR

Art. 47. É instituído o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Sinapir) como forma de organização e de articulação voltadas à implementação do conjunto de políticas e serviços destinados a superar as desigualdades étnicas existentes no País, prestados pelo poder público federal.

§1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão participar do Sinapir mediante adesão

§2º O poder público federal incentivará a sociedade e a iniciativa privada a participar do Sinapir.

A Lei deixa de mencionar de que forma se dará o incentivo para que a sociedade e a iniciativa privada participem do SINAPIR, o que possibilita várias ações de conscientização, por meio de peças publicitárias e outras campanhas de incentivo.

São objetivos da SINAPIR:

CAPÍTULO II – DOS OBJETIVOS

Art. 48. São objetivos do Sinapir:

I - Promover a igualdade étnica e o combate às desigualdades sociais resultantes do racismo, inclusive mediante adoção de ações afirmativas;

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

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

IV - Articular planos, ações e mecanismos voltados à promoção da igualdade étnica;

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

É de se destacar o fato de que todos os objetivos previstos pela Sinapir são no sentido de atuação positiva estatal para erradicação da desigualdade racial, mediante a adoção de políticas públicas para promoção da igualdade étnica.

A Lei estabelece, a seguir, a organização e competência para a implementação da Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial (PNPIR), atribuindo-a ao Poder Executivo Federal:

CAPÍTULO III – DA ORGANIZAÇÃO E COMPETÊNCIA

Art. 49. O Poder Executivo federal elaborará plano nacional de promoção da igualdade racial contendo as metas, princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial (PNPIR).

§1º A elaboração, implementação, coordenação, avaliação e acompanhamento da PNPIR, bem como a organização, articulação e coordenação do Sinapir, serão efetivados pelo órgão responsável pela política de promoção da igualdade étnica em âmbito nacional.

§2º É o Poder Executivo federal autorizado a instituir fórum intergovernamental de promoção da igualdade étnica, a ser coordenado pelo órgão responsável pelas políticas de promoção da igualdade étnica, com o objetivo de implementar estratégias que visem à incorporação da política nacional de promoção da igualdade étnica nas ações governamentais de Estados e Municípios.

§3º As diretrizes das políticas nacional e regional de promoção da igualdade étnica serão elaboradas por órgão colegiado que assegure a participação da sociedade civil.

Art. 50. Os Poderes Executivos estaduais, distrital e municipais, no âmbito das respectivas esferas de competência, poderão instituir conselhos de promoção da igualdade étnica, de caráter permanente e consultivo, compostos por igual número de representantes de órgãos e entidades públicas e de organizações da sociedade civil representativas da população negra.

Parágrafo único. O Poder Executivo priorizará o repasse dos recursos referentes aos programas e atividades previstos nesta Lei aos Estados, Distrito Federal e Municípios que tenham criado conselhos de promoção da igualdade étnica.

Mais uma vez, a neutralidade estatal é abandonada no Estatuto da Igualdade Racial, que pugna pela atuação positiva do Estado, no sentido de acabar com a discriminação racial, com a previsão, ainda, da instituição de ouvidorias pelo Poder Público para que as leis antidiscriminatórias sejam eficazes. Tais ouvidorias receberão as denúncias de preconceito e discriminação, bem como acom-

panharão a implementação das ações afirmativas (artigo 51). Espera-se com tais órgãos a efetividade das leis antirracistas, bem como o acompanhamento e avaliação das ações afirmativas para que se verifique a viabilidade de sua execução, bem como a necessidade de continuidade das mesmas.

CAPÍTULO IV – DAS OUVIDORIAS PERMANENTES E DO ACESSO À JUSTIÇA E À SEGURANÇA

Art. 51. O poder público federal instituirá, na forma da Lei e no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, Ouvidorias Permanentes em Defesa da Igualdade Racial, para receber e encaminhar denúncias de preconceito e discriminação com base em etnia ou cor e acompanhar a implementação de medidas para a promoção da igualdade.

Destaca-se, nesse diapasão, a garantia de acesso das vítimas de crimes de racismo à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário (artigo 52), com enfoque aos crimes praticados contra as mulheres negras:

Art. 52. É assegurado às vítimas de discriminação étnica o acesso aos órgãos de Ouvidoria Permanente, à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, em todas as suas instâncias, para a garantia do cumprimento de seus direitos.

Parágrafo único. O Estado assegurará atenção às mulheres negras em situação de violência, garantida a assistência física, psíquica, social e jurídica.

Uma das maiores manifestações de racismo no nosso País, qual seja, a violência policial praticada contra as pessoas negras, também ganha destaque no projeto, assim como atos discriminatórios praticados por servidores públicos em detrimento da população negra, com previsão nos artigos 53 e 54, respectivamente:

Art. 53. O Estado adotará medidas especiais para coibir a violência policial incidente sobre a população negra.

Parágrafo único. O Estado implementará ações de ressocialização e proteção da juventude negra em conflito com a Lei e exposta a experiências de exclusão social.

Art. 54. O Estado adotará medidas para coibir atos de discrimina-

ção e preconceito praticados por servidores públicos em detrimento da população negra, observado, no que couber, o disposto na Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.

Merecendo destaque a atuação do Ministério Público para a interposição de ação civil pública para defender os interesses da população negra, quando esta for lesada ou sofrer ameaça de lesão:

Art. 55 Para a apreciação judicial das lesões e das ameaças de lesão aos interesses da população negra decorrentes de situações de desigualdade étnica, recorrer-se-á, entre outros instrumentos, à ação civil pública, disciplinada na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

O Estatuto passa à previsão do financiamento das iniciativas de promoção da igualdade racial, valendo-se amplamente de ações de incentivo às ações relacionadas ao interesse da população negra, voltadas à promoção da igualdade racial:

CAPÍTULO V – DO FINANCIAMENTO DAS INICIATIVAS DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL

Art. 56. Na implementação dos programas e das ações constantes dos planos plurianuais e dos orçamentos anuais da União, deverão ser observadas as políticas de ação afirmativa a que se refere o inciso VII do art. 4º desta Lei e outras políticas públicas que tenham como objetivo promover a igualdade de oportunidades e a inclusão social da população negra, especialmente no que tange a:

I - Promoção da igualdade de oportunidades em educação, emprego e moradia;

II - Financiamento de pesquisas, nas áreas de educação, saúde e emprego, voltadas para a melhoria da qualidade de vida da população negra;

III - Incentivo à criação de programas e veículos de comunicação destinados à divulgação de matérias relacionadas aos interesses da população negra;

IV - Incentivo à criação e à manutenção de microempresas administradas por pessoas autodeclaradas negras;

V - Iniciativas que incrementem o acesso e a permanência das pessoas negras na educação fundamental, média, técnica e superior;

VI - Apoio a programas e projetos dos governos estaduais, distrital e municipais e de entidades da sociedade civil voltados para a promoção da igualdade de oportunidades para a população negra;

VII - Apoio a iniciativas em defesa da cultura, da memória e das tradições africanas e brasileiras.

§1º O Poder Executivo federal é autorizado a adotar medidas que garantam, em cada exercício, a transparência na alocação e na execução dos recursos necessários ao financiamento das ações previstas neste Estatuto, explicitando, entre outros, a proporção dos recursos orçamentários destinados aos programas de promoção da igualdade, especialmente nas áreas de educação, saúde, emprego e renda, desenvolvimento agrário, habitação popular, desenvolvimento regional, cultura, esporte e lazer.

§2º Durante os 5 (cinco) primeiros anos, a contar do exercício subsequente à publicação deste Estatuto, os órgãos do Poder Executivo federal que desenvolvem políticas e programas nas áreas referidas no §1º deste artigo discriminarão em seus orçamentos anuais a participação nos programas de ação afirmativa referidos no inciso VII do art. 4º desta Lei.

§3º O Poder Executivo é autorizado a adotar as medidas necessárias para a adequada implementação do disposto neste artigo, podendo estabelecer patamares de participação crescente dos programas de ação afirmativa nos orçamentos anuais a que se refere o §2º deste artigo.

§4º O órgão colegiado do Poder Executivo federal responsável pela promoção da igualdade racial acompanhará e avaliará a programação das ações referidas neste artigo nas propostas orçamentárias da União.

Art. 57. Sem prejuízo da destinação de recursos ordinários, poderão ser consignados nos orçamentos fiscal e da seguridade social para financiamento das ações de que trata o art. 56:

I - Transferências voluntárias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - Doações voluntárias de particulares;

III - Doações de empresas privadas e organizações não governamentais, nacionais ou internacionais;

IV - Doações voluntárias de fundos nacionais ou internacionais;

V - Doações de Estados estrangeiros, por meio de convênios, tratados e acordos internacionais.

Nas Disposições Finais, o Estatuto da Igualdade Racial estabelece que as medidas nele previstas não excluem outras que venham a ser adotadas no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: Artigo 58. As medidas instituídas nesta Lei não excluem outras em prol da população negra que tenham sido ou venham a ser adotadas no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

No artigo 59 encontra-se importante meio de controle social da eficácia das medidas previstas no Estatuto da Igualdade Racial, através da previsão da criação de instrumentos para tal fim que visem à divulgação periódica dos resultados em relatórios, inclusive pela Internet. Tal dispositivo permite à população a participação nas políticas adotadas em prol da igualdade social:

Art. 59. O Poder Executivo federal criará instrumentos para aferir a eficácia social das medidas previstas nesta Lei e efetuará seu monitoramento constante, com a emissão e a divulgação de relatórios periódicos, inclusive pela rede mundial de computadores.

Finalmente, a Lei nº 12.288/2010 dispõe sobre as alterações das leis nº 7.716, de 1989; nº 9.029, de 1995; nº 7.347, de 1985 e nº 10.778, de 2003.

A Lei nº 7.716/1989 define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. O Estatuto da Igualdade Racial altera os artigos 3º e 4º da referida Lei, atualmente, com a seguinte redação:

Art. 3º Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

O artigo 60 da Lei nº 12.288/2010 acrescenta parágrafos aos referidos dispositivos legais, que passam a ter a seguinte redação:

Art. 60. Os arts. 3º e 4º da Lei nº 7.716, de 1989, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 3º [...]

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional,

obstar a promoção funcional”.

“Art. 4º [...]

§1º Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça ou de cor ou práticas resultantes do preconceito de descendência ou origem nacional ou étnica:

I - Deixar de conceder os equipamentos necessários ao empregado em igualdade de condições com os demais trabalhadores;

II - Impedir a ascensão funcional do empregado ou obstar outra forma de benefício profissional;

III - Proporcionar ao empregado tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, especialmente quanto ao salário.

§2º Ficará sujeito às penas de multa e de prestação de serviços à comunidade, incluindo atividades de promoção da igualdade racial, quem, em anúncios ou qualquer outra forma de recrutamento de trabalhadores, *exigir aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego cujas atividades não justifiquem essas exigências*”. (Grifos nossos)

As alterações legais previstas no artigo 60 do Estatuto da Igualdade Racial referem-se ao mercado de trabalho, visando a coibir o impedimento de promoção funcional, a falta de concessão dos equipamentos necessários ao empregado, tratamento salarial diferenciado, bem como a não concessão de benefício profissional.

Este ponto deverá receber fiscalização especial do Estado e da sociedade tendo em vista a grande desigualdade racial que ainda perdura no mercado de trabalho brasileiro. Para que se mensure tal desigualdade é oportuno que se analise os dados da Síntese de Indicadores Sociais do IBGE, segundo a qual as diferenças de rendimentos-hora do trabalho, considerado os grupos de anos de estudo, se mostram expressivas e indicadoras de que no Brasil a igualdade racial merece legislação própria e debates diários.

No total, enquanto os brancos possuem rendimentos-hora de R\$8,30, os negros possuem R\$4,70. Essa diferença ainda é maior para o grupo com 12 anos ou mais de estudo, apresentando os brancos rendimentos-hora de R\$17,30, enquanto os negros com a mesma escolaridade os apresentam na cifra de R\$11,90 (IBGE, 2009). Analisando tais dados é inevitável a pergunta: Por que existe essa discrepância salarial? Pode-se falar que no Brasil a discriminação se dê pura e simplesmente em razão da classe social, desconsiderada a cor do indivíduo? A ausência de negros nos cargos de chefia, no corpo docente das universidades

brasileiras, nos hospitais se dá por qual motivo?

Quanto à inclusão no artigo 4º da Lei nº 7.716, de 1989, do parágrafo 2º, o Estatuto da Igualdade Racial aprovado deixou a desejar em relação ao projeto inicial, que propunha a seguinte alteração no mencionado artigo 4º:

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

Com a redação do projeto de lei, ao se referir à exigência de “boa aparência ou a respectiva fotografia no currículo”, a hipocrisia nas relações de trabalho era abandonada e reconhecido o caráter discriminatório da expressão “boa aparência”, o que significaria uma vitória para a população tradicionalmente discriminada, com a utilização de tal critério seletivo, que sempre serviu como disfarce para o racismo nas relações de trabalho. Com o mesmo objetivo, o projeto do Estatuto também proibia, nos critérios de seleção de empregados, a exigência de fotografia do candidato.

A utilização da expressão “aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego cujas atividades não justifiquem essas exigências”, como foi feito no Estatuto aprovado, possibilita a perduração do racismo velado no mercado de trabalho, uma vez que não há anúncios de trabalho ou emprego em que se mencione a exigência de determinada raça, cor ou etnia, mas há a utilização da expressão “boa aparência”, critério subjetivo, que permite ao empregador a prática do racismo, caso ele acredite que a cor negra não seja sinônimo de boa aparência. Tal fato é facilmente observável nas lojas dos shoppings brasileiros, sobretudo, aquelas destinadas ao público de maior poder aquisitivo. Praticamente inexitem nesse seguimento vendedores, gerentes, maîtres negros.²⁰¹

O artigo 61 do Estatuto da Igualdade Racial prevê a modificação dos artigos 3º e 4º da Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, que proíbe a exigência

201 No Brasil, uma das maiores dificuldades de se condenar alguém pela prática do crime de racismo é a tipificação do mesmo como injúria, o que também era resolvido pelo Estatuto, segundo o seu projeto original, com o acréscimo à Lei nº 7.716, de 1989, do §2º ao artigo 20: “Praticar injúria, calúnia e difamação utilizando-se de elementos referentes à cor e etnia. Pena: Reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos”. Tal modificação não figurou na Lei aprovada, resultando em mais um prejuízo à igualdade racial, perdurando a dificuldade de condenação daqueles que praticam os crimes de racismo.

de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Os referidos artigos que, antes, restringiam-se à tipificação de condutas relativas à exigência de atestados de gravidez e esterilização, foram ampliados, incluindo-se nos mesmos práticas discriminatórias relacionadas à etnia, raça ou cor, bem como o direito à reparação pelo dano moral.

In verbis:

Art. 61 Os arts. 3º e 4º da Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 3º Sem prejuízo do prescrito no art. 2º e nos dispositivos legais que tipificam os crimes resultantes de preconceito de etnia, raça ou cor, as infrações do disposto nesta Lei são passíveis das seguintes cominações: [...].”

“Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre: [...].”

O Estatuto altera a Lei nº 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, com o seguinte acréscimo:

Art. 62 O art. 13 da Lei nº 7.347, de 1985, passa a vigorar acrescido do seguinte §2º, renumerando-se o atual parágrafo único como §1º:

“Art.13. [...]”

§1º [...]

§2º Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1º desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o *caput*²⁰² e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente.”

202 Segundo o *caput* do artigo 13 da Lei nº 7.347/1985, o fundo é gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

O artigo 63 da Lei nº 12.288/2010 altera a Lei nº 10.778/2003, que estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados.

A redação original do artigo 1º, §1º, da Lei nº 10.778/2003 era a seguinte:

Art. 1º Constitui objeto de notificação compulsória, em todo o território nacional, a violência contra a mulher atendida em serviços de saúde públicos e privados.

§1º Para os efeitos desta Lei, deve-se entender por violência contra a mulher qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado.

Passa a ser, segundo o artigo 63 do Estatuto da Igualdade Racial:

Art. 63 O §1º do art. 1º da Lei nº 10.778, de 24 de novembro de 2003, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º [...]

§1º Para os efeitos desta Lei, entende-se por violência contra a mulher qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, inclusive decorrente de discriminação ou desigualdade étnica, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público quanto no privado. [...]”

Há a inclusão no conceito de violência contra a mulher a ação ou conduta decorrente de discriminação ou desigualdade étnica.

Finalmente, em seu artigo 64, o Estatuto acresce ao parágrafo 3º do artigo 20 da Lei nº 7.716/1989, o inciso III:

Art. 64 O §3º do art. 20 da Lei nº 7.716, de 1989, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso III:

“Art. 20. [...]

§3º [...]

III - A interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores. [...]”

Originalmente, na Lei nº 7.716/1989, a previsão do artigo alterado era a seguinte:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

§1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§2º Se qualquer dos crimes previstos no *caput* é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

I - O recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;

II - A cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.

§4º Na hipótese do §2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido.

O último artigo do Estatuto da Igualdade Racial (artigo 65) prevê a vigência da lei 90 dias após a data de sua publicação.

O que se pode concluir com a análise do Estatuto da Igualdade Racial é que a lei publicada foi mais branda do que o Projeto de Lei nº 213/2003, deixando de constar aspectos muito importantes no combate à discriminação racial, como por exemplo, a previsão das ações afirmativas nas universidades, sobretudo, no tocante à utilização de cotas, entretanto, a sua aprovação se apresenta como instrumento muito importante e decisivo no combate à desigualdade racial no Brasil, isso porque leva em consideração as peculiaridades do povo brasileiro, considerando a miscigenação, mas estando atento às sutilezas do nosso racismo, coibindo práticas há muito conhecidas, mas camufladas, pelas quais se pratica a discriminação racial.

Deve-se ressaltar a importância da participação da sociedade para a efetiva aplicação da lei, zelando pela plenitude de sua eficácia para a realização do princípio da igualdade e a abolição da discriminação racial em nosso País – desta vez, de forma definitiva.

Passa-se ao estudo da previsão das ações afirmativas na Educação.

Capítulo 5: As ações afirmativas na Educação

Este capítulo dedica-se à análise das ações afirmativas para negros na Educação que já estejam em prática no Brasil, verificando-se de que forma as mesmas são executadas, bem como os resultados de tais políticas.

Inicialmente, destacar-se-á o sistema de cotas, tendo em vista ser a ação afirmativa com maior adoção no sistema educacional brasileiro, bem como se verificará quais as universidades públicas brasileiras que adotam as políticas afirmativas e de que forma as mesmas são implementadas. Após, o enfoque será dado às universidades privadas, destacando-se o PROUNI e a possibilidade deste programa promover a inclusão racial, seus números e as modificações sociais por ele promovidas.

Finalmente, analisar-se-á a Lei instituidora das ações afirmativas no sistema educacional brasileiro, Lei nº 12.711/2012, com vistas a se avaliar a sua possibilidade de promover a igualdade racial com resultados mais satisfatórios, respeitadas as peculiaridades da população brasileira.

5.1 Sistema de cotas

Como visto no capítulo anterior, as cotas podem ser realizadas de forma rígida, considerando-se somente o fator de exclusão do grupo que se pretende beneficiar; ou flexíveis, levando-se em conta, além do fator de exclusão, outras características do indivíduo, como por exemplo, a classe social a que pertence, a sua origem, a sua renda *per capita* familiar, e outros fatores que diferencie um indivíduo dos demais.

No Brasil, na área da Educação, as ações afirmativas mais utilizadas são as cotas rígidas, conforme se poderá concluir da análise dos programas atualmente utilizados pelas universidades públicas. Porém tal sistema recebe severas críticas dos estudiosos do tema, como Joaquim Barbosa Gomes (2001).

As cotas flexíveis, atualmente, são mais utilizadas em ações afirmativas para a inclusão dos alunos nas escolas privadas, por meio do ProUni, que se utiliza de vários critérios para reserva das vagas, o que será estudado em tópico próprio.

Esse sistema flexível de cotas é o adotado pelo Estatuto da Igualdade Racial e pela Lei nº 12.711/2012 para inclusão dos negros nas universidades públicas, sendo que o critério principal para reserva de vagas é o fato de todo o curso do ensino médio ter sido feito em escola pública. Na avaliação deste trabalho, esse sistema seria o mais justo, bem como o mais apto à realização do princípio

da igualdade, conforme o paradigma do Estado Democrático de Direito, tendo em vista considerar tanto a desigualdade social, quanto a racial, em uma mescla equânime.

5.2 Ações afirmativas nas universidades públicas brasileiras – estudo de caso: Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Universidade de Brasília (UnB)

O Laboratório de Políticas Públicas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), por meio do Programa “Políticas da Cor na Educação Brasileira” catalogou 83²⁰³ universidades públicas brasileiras que adotam ações afirmativas, seja por meio de bônus, seja por meio de cotas, sendo que do referido catálogo constam também Centros Federais de Educação Tecnológica que possuem cursos de nível superior, bem como faculdades.²⁰⁴

No presente tópico será feita a análise das ações afirmativas na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e na Universidade de Brasília (UnB). A escolha dessas universidades para análise das ações afirmativas implementadas no Brasil se deu pelo pioneirismo de ambas na implementação do sistema de cotas, a primeira em âmbito nacional,²⁰⁵ a segunda em âmbito federal.

203 Laboratório de Políticas Públicas da UERJ [200-].

204 Segundo o artigo 52 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996), regulamentado pelo Decreto nº 5.773/2006, as universidades se caracterizam como tais, desde que atendam aos seguintes requisitos: “Art. 52. As universidades são instituições pluridisciplinares de formação dos quadros profissionais de nível superior, de pesquisa, de extensão e de domínio e cultivo do saber humano, que se caracterizam por: I - produção intelectual institucionalizada mediante o estudo sistemático dos temas e problemas mais relevantes, tanto do ponto de vista científico e cultural, quanto regional e nacional; II - um terço do corpo docente, pelo menos, com titulação acadêmica de mestrado ou doutorado; III - um terço do corpo docente em regime de tempo integral. Parágrafo único. É facultada a criação de universidades especializadas por campo do saber” (BRASIL, 1996).

205 É importante que se ressalte, conforme nos relata Paiva (2004) que tal sistema não foi a primeira ação afirmativa executada no Estado do Rio de Janeiro, tendo em vista que tal ocorreu com a criação de pré-vestibulares para negros e carentes (PVNC), no início da década de 1990, cujos alunos têm sido recepcionados pela PUC-Rio, desde 1994, com a concessão de bolsas integrais, bem como de outros benefícios que possibilitem a permanência destes na universidade.

Tais universidades mantêm seus programas por vários anos, o que confere maior solidez aos mesmos, se comparados com várias universidades que ainda estão começando a implementar ações afirmativas e ainda não verificaram seus efeitos.²⁰⁶ Destaca-se também a importância do estudo dos mesmos, uma vez que suas ações já apresentaram resultados, bem como diversas pesquisas foram produzidas sobre as mesmas, com avaliações tanto de pesquisadores, quanto dos próprios alunos, o que tornará possível que se faça uma avaliação acerca dos mesmos, bem como se tais programas são a melhor alternativa dadas as peculiaridades brasileiras.

5.2.1 UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UERJ)

O início da instituição do sistema de cotas da UERJ se dá com a aprovação da Lei estadual nº 3.708/2001 pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, a qual estabelecia, por meio do seu artigo 1º, a reserva de 40% das vagas da UERJ e da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF) para as populações negra e parda, regulamentada pelo Decreto nº 30.766/2002.

A referida Lei foi recebida com muito alarde pela sociedade e polemizada pela mídia, uma vez que a mesma não fora suficientemente debatida com os mais diversos setores sociais, além de não ter sido proposta pela universidade, tendo a mesma sido privada dos debates. A esse respeito, Ângela Randolpho Paiva afirma:

206 Por exemplo, a Universidade Estadual do Amapá (UEAP) que, em obediência ao artigo 1º da Lei Estadual nº 1.023, de 30 de junho de 2006 (AMAPÁ, 2006), reserva percentual de suas vagas para estudantes que tenham cursado o ensino médio integralmente em escolas da rede pública de ensino. A reserva de vagas se dá na proporção de alunos oriundos de escolas públicas inscritos no vestibular, o que significa dizer que, se 10% dos inscritos forem egressos de escolas públicas, ser-lhes-ão reservadas tal porcentagem das vagas. O denominado “Sistema Especial de Reserva de Vagas” instituído pela referida lei deverá ser revisto a cada 03 anos para que se verifique se a função social para a qual foi estabelecido está sendo cumprida. Este sistema também deverá ser implementado nas universidades estaduais amapaenses que estejam em processo de criação, bem como para as que forem criadas futuramente. No dia 18 de setembro de 2008, foi sancionada pelo governador a Lei nº 1.258/2008, que prevê cotas para afrodescendentes oriundos de escolas públicas, resultante do Projeto de Lei nº 0040/2008 (AMAPÁ, 2008).

No Brasil, por sua vez, o sistema de cotas na primeira universidade pública foi concebido de cima para baixo, com uma lei vinda do executivo estadual, e que passou na Assembléia Legislativa sem grandes debates. Não houve discussão acerca da proporcionalidade pensada, nem debates nos meios acadêmicos que seriam afetados por tais medidas, o que foi feito somente *a posteriori*. (PAIVA, 2004, p. 17)

O que se seguiu à referida Lei foi uma onda de ações judiciais contra a mesma,²⁰⁷ dentre elas a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.858 proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino em face do Governador do Estado do Rio de Janeiro e da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, fundamentando-se no fato de que o referido sistema ofendia o princípio da isonomia. A ADI em questão foi julgada prejudicada, uma vez que a Lei nº 3.708/2001 foi revogada, em face da quantidade de ações judiciais que se seguiram à sua edição.²⁰⁸

A Lei revogadora do sistema de cotas inicialmente estabelecido para a UERJ foi a Lei estadual nº 4.151, de 04 de setembro de 2003, a qual instituiu nova disciplina para o sistema de cotas das universidades públicas estaduais do Rio de Janeiro, alterada pela Lei nº 5.074, de 17 de julho de 2007.²⁰⁹ Ambas foram revogadas pela Lei nº 5.346 de 11 de dezembro de 2008.

207 “Foram impetrados 263 mandados de segurança (com grande concentração no curso de direito, 85, e medicina, 70) por candidatos que se sentiram prejudicados, entre eles alguns cujas notas não eram suficientes para a seleção segundo os critérios tradicionais, mas eram superiores às de algum aluno beneficiado pelas cotas. O cerne da argumentação era quase sempre o desrespeito ao princípio constitucional da igualdade. Algumas dessas liminares foram inicialmente concedidas, e, posteriormente, suspensas – atendendo ao apelo da universidade, que via na chuva de liminares uma ameaça à sua segurança e à ordem pública” (SANTOS, 2006, p. 118).

208 É o que relata Mac Margolis: “Cerca de 300 estudantes brancos entraram com ações de discriminação reversa. Eles tinham motivo. O projeto original de cotas era malfeito, costurado apressadamente por decisão da legislatura populista do Rio, sem qualquer debate público. Pior, muitos candidatos brancos declararam serem negros” (MARGOLIS, 2004, p. 47).

209 Uma das principais alterações introduzidas pela Lei nº 5.074/2007 foi a extensão do sistema de cotas, antes restrito aos estudantes oriundos da rede pública de ensino, negros, deficientes e minorias étnicas, aos filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares e inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço (RIO DE JANEIRO, art. 1º, III, 2007).

Alteração importante introduzida pela Lei nº 4.151/2003 se refere à reserva de vagas aos negros (pretos e pardos), unificando, assim, o conceito de negros, antes dividido pela Lei nº 3.708/2001, que assegurava a reserva de vagas para negros e pardos. Santos (2006) destaca a importância de tal modificação para se evitar as fraudes alardeadas pela mídia de que indivíduos com traços típicos de brancos, que se autodeclaravam pardos para fazer jus às cotas, não o farão, se tiverem que se autodeclarar negros. Tal conceituação persiste na Lei nº 5.346/2008.

A Lei nº 4.151/2003 determinava que a própria universidade estabelecia as cotas, o que foi modificado pela Lei nº 5.346/2008, que instituiu, por dez anos, o sistema de cotas nas universidades estaduais, adotado com a finalidade de assegurar seleção e classificação final nos exames vestibulares aos estudantes previstos no rol do artigo 1º, desde que carentes²¹⁰.

O conceito de “estudante carente” é definido pela universidade (Artigo 1º, §1º).²¹¹ Atualmente, a UERJ, em observância ao artigo 2º da referida Lei, reserva de suas vagas: 20% para estudantes oriundos da rede pública de ensino; 20% para negros e indígenas e 5% para pessoas com deficiência, nos termos da legislação em vigor, ou filhos de policiais civis, militares, bombeiros militares e de inspetores de segurança e administração penitenciária mortos ou incapacitados em razão do serviço, sendo que, quando da inscrição no processo seletivo, atualmente realizado por meio do vestibular, o candidato cotista deve selecionar a qual categoria irá concorrer.

210 Art. 1º Fica instituído, por dez anos, o sistema de cotas para ingresso nas universidades estaduais, adotado com a finalidade de assegurar seleção e classificação final nos exames vestibulares aos seguintes estudantes, desde que carentes:

I - Negros;

II - Indígenas;

III - alunos da rede pública de ensino;

IV - Pessoas portadoras de deficiência, nos termos da legislação em vigor;

V - Filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares e inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço.

211 Lei nº 5.346/08. “Art. 1º, §1º – Por estudante carente entende-se como sendo aquele assim definido pela universidade pública estadual, que deverá levar em consideração o nível socioeconômico do candidato e disciplinar como se fará a prova dessa condição, valendo-se, para tanto, dos indicadores socioeconômicos utilizados por órgãos públicos oficiais” (RIO DE JANEIRO, 2008). Segundo o Edital do Vestibular 2009 da UERJ, “são carentes os estudantes que possuam renda *per capita* mensal bruta de R\$960,00, por mês, o que se obtém por meio da divisão da renda bruta familiar por todos os membros da família” (UERJ, 2008a).

Tendo em vista o sistema adotado pela UERJ, constata-se que o mesmo apresenta-se como sistema de cotas flexíveis, uma vez que leva em consideração os fatores acima, bem como a condição socioeconômica do candidato, uma vez que somente os alunos comprovadamente carentes podem concorrer às vagas reservadas.

Reconhecendo que os negros de outras classes sociais também são discriminados,²¹² Renato Emerson dos Santos, coordenador do Programa Políticas da Cor do Laboratório de Políticas Públicas da UERJ, se apresenta contra a utilização do termo “carente” nas políticas de ação afirmativa, tendo em vista que o mesmo impõe sobre a política caráter assistencialista, bem como impeditivo da:

[...] possibilidade de um trabalho de conscientização política dos alunos acerca dos processos de exclusão social, os quais geram a própria política que os beneficiou, e são silenciadas as possibilidades de reconstrução das estruturas de saberes que compõem a universidade. Mudanças curriculares, incorporação de novas temáticas por meio da valorização das experiências históricas e sociais dos grupos que ingressam por meio das cotas, tudo isso é suprimido pela adoção da categoria carente, a qual trabalha com a ideia de que a renda é uma variável social independente, e não atrelada a mecanismos de exclusão baseados em outros princípios de diferenciação e hierarquização, como a raça. (SANTOS, 2006, p. 127)

A principal crítica acerca da Lei nº 4.151/03 que instituía o sistema de cotas adotado pela UERJ era a ausência de previsão da revisão de tal sistema, uma vez que, como visto, o mesmo deve ser temporário, devendo perdurar somente enquanto durarem as disparidades sociais (no caso em questão, raciais). Tal defeito foi sanado pela Lei nº 5.346/2008, que instituiu pelo prazo de 10 anos o sistema de cotas e, em seu artigo 7º, prevê a sua revisão a ser iniciada seis meses antes do prazo para seu término.

Considerando-se que a população negra (pretos + pardos) do Rio de Janeiro, segundo a Síntese de indicadores sociais de 2008 (IBGE, 2008), constitui 45% da população fluminense, tal percentual deve estar, aproximadamente, representado na universidade, visando a que a população, da forma como se apresenta na sociedade, seja representada na universidade. Para tanto, deve-se efetuar a somatória dos alunos cotistas e dos alunos não cotistas negros e verificar tal representatividade. Se a mesma estiver satisfeita, ou muito próximo disso, pode ser que o sistema de cotas não seja mais necessário.

212 O que foi debatido no capítulo anterior.

A universidade (UERJ, 2008c) informa que, atualmente, a mesma possui cerca de nove mil alunos cotistas, não constando, contudo, quantos destes são negros, bem como a população de negros desta universidade, não se permitindo, assim, que se avalie se a representatividade populacional negra da universidade corresponde à societária.

No ano de 2008, a UERJ lançou um sistema de banco de dados, denominado DataUERJ, no qual disponibilizam-se dados acerca desta universidade, tais como, rendimento dos alunos (cotistas e não-cotistas), notas dos alunos (cotistas e não cotistas), porcentagem de reprovação dos alunos (cotistas e não-cotistas). Tal banco de dados permite que se afirme, hoje, que a diferença entre a média de notas entre os alunos cotistas e não cotistas é mínima, praticamente inexistente, o que permite rebater com dados concretos as críticas de que as ações afirmativas, especificamente, o sistema de cotas acarreta a redução do nível educacional da universidade que as adota.²¹³

Para que tal informação fique clara, importante se faz a citação de alguns desses dados: a nota média de todos os alunos da UERJ tanto no primeiro, quanto no segundo semestre de 2007, foi de 7,7; a dos cotistas em razão da cor, no mesmo período, foi de 7,6; a dos cotistas provenientes do ensino público (que tenham cursado todo o ensino médio na rede pública de ensino) se manteve a mesma da universidade, de maneira geral, ou seja, 7,7, que é a mesma nota média dos não cotistas (UERJ, 2008d).

Apesar disso, em alguns cursos, principalmente aqueles que demandam material pedagógico de custos elevados, como, por exemplo, Direito e Medicina, a diferença entre as notas médias dos alunos cotistas pela cor e os não cotistas são diferentes, ainda que não haja uma disparidade gritante: no 2º semestre, de 2007 os alunos não cotistas do curso de Direito obtiveram nota média de 8,5, enquanto os cotistas em razão da cor obtiveram nota média de 7,8 nesse curso; no mesmo período, no curso de Medicina, a nota dos não cotistas foi 8,3, enquanto dos cotistas (cor) foi de 7,4 (UERJ, 2008d). Tal diferença aponta à universidade a necessidade de fornecer acompanhamento pedagógico e benefícios econômicos a esses alunos, de forma a possibilitar que os mesmos tenham acesso a todas as fontes de ensino, possibilitando, assim, o aumento da sua nota.

213 Nicéia Freire, ex-reitora da UERJ, a partir da observação da experiência desta universidade na implementação das cotas, rejeita as críticas de que estas, por si só, reduzem o nível educacional da universidade, afirmando que: “O que garante a excelência de uma instituição são o investimento que se fizer em pesquisa, ensino e extensão, e as qualificação e dedicação do seu quadro docente e técnico” (FREIRE, 2004, p. 192).

As ações afirmativas que se colocam em prática nesta universidade não se restringem às cotas. O Laboratório de Políticas Públicas da UERJ, por meio do Programa Políticas da Cor na Educação Brasileira (PPCor), criado em 2001 (UERJ, 2008e), fortalece a luta em prol das ações afirmativas, por meio de pesquisas esclarecedoras sobre a discriminação racial no Brasil e de que forma a mesma vem sendo eliminada por meio das ações afirmativas, sendo importante que se reconheça o pioneirismo e a mudança de mentalidade que se provoca no meio acadêmico e na sociedade, quando se adotam práticas semelhantes à da UERJ, visando à inclusão social e efetivação do princípio da igualdade.

5.2.2 UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UnB)

A Universidade de Brasília (UnB) também tem papel de destaque no que tange às ações afirmativas, uma vez que foi a primeira universidade federal brasileira a implementar as cotas. Assim como a UERJ, as ações afirmativas praticadas na UnB não se restringem à reserva de vagas aos alunos negros, sendo expandido por meio de fomento à pesquisa e combate ao racismo e à xenofobia,²¹⁴ por meio do espaço de discussão denominado Núcleo de Promoção da Igualdade Racial, criado pelo ato da Reitoria nº 759/2007 (UnB, 2008). Além dessas ações, a UnB mantém o Centro de Convivência Negra, por meio do qual propicia ambiente e prestação de serviços de apoio aos universitários negros, sobretudo aqueles que ingressaram na universidade por meio do sistema de cotas (UnB, 2008b).

O Sistema de Cotas para Negros foi introduzido na UnB no vestibular de junho de 2004 e, desde então, a referida universidade reserva 20% de suas vagas aos alunos negros (pretos e pardos). Segundo justificativa da própria universidade (UnB, 2008b), tal reserva se faz pela necessidade de se garantir a presença mínima dos negros na mesma, embora a população negra do Distrito Federal, segundo a Síntese de Indicadores Sociais de 2008 (IBGE, 2008) seja de 56,9%. Tal desproporção permite afirmar que, embora a reserva pioneira de vagas desta universidade à população negra se apresente como política de grande potencial de inclusão social, parte desta população, no Distrito Federal, ainda se vê tolhida do acesso à universidade.²¹⁵

214 A motivação da criação de um programa de combate ao racismo e à xenofobia na UnB se deu em resposta a um incêndio criminoso provocado por outros estudantes da universidade nos apartamentos onde residiam estudantes africanos, em intercâmbio naquela universidade. (UnB, 2008)

215 Importante destacar, para que se ilustre a desproporção dita acima, que no vestibular do 2º semestre de 2007, das 2.014 vagas oferecidas, 379 delas, ou seja,

A seleção dos cotistas se dá por opção do mesmo em concorrer às vagas do sistema de cotas, realizada por meio do vestibular, além de entrevista pessoal realizada por banca entrevistadora, conforme o edital do vestibular²¹⁶ (UnB, 2008c).

Observando o caráter temporário das ações afirmativas, inicialmente, o Sistema de Cotas para Negros na UnB tem previsão de duração por 10 anos (UnB, 2008b). Não consta dos registros daquela universidade de que forma será feita a revisão do programa para que se decida pela sua permanência ou não.

Inicialmente, observa-se uma diferença fundamental entre os programas da UERJ e da UnB. Na primeira, leva-se em consideração a condição econômica do candidato, resultando o sistema de ações afirmativas daquela em sistema de cotas flexíveis, no qual mais de um fator é levado em consideração quando da reserva de cotas. Na Universidade de Brasília, as cotas utilizadas são as rígidas, considerando-se somente o fator racial na reserva de vagas. Embora, como se viu, o sistema da UERJ seja criticado, as críticas, em sua maioria, recaem contra o sistema adotado pela UnB. É o que será visto a seguir.

Considerando-se apenas um critério de seleção de cotas, este é mais passível de apresentar erros, tal como aconteceu no vestibular do 2º semestre da UnB, em 2007, quando dois irmãos, gêmeos idênticos (univitelinos), inscreveram-se para o vestibular desta universidade e a banca entrevistadora daquele processo seletivo considerou, por meio da análise de suas fotos, que um era branco e o outro era negro.²¹⁷ Nesta ocasião, se acirraram os argumentos contra as ações afirmativas, baseados no fato de ser difícil a determinação de quem é branco e de quem é negro no Brasil, em razão da mestiçagem da população.

Quanto à avaliação do rendimento dos alunos nos cursos, os resultados apresentados na UnB mais uma vez contrariam as críticas de que a introdução de cotas no ensino superior reduz o nível educacional das universidades, uma vez que a diferença média de rendimento entre cotistas e não cotistas foi de apenas 6%. Esta foi a constatação obtida por Claudete Batista Cardoso (2008) em sua dissertação de mestrado, na qual analisou os efeitos da política de cotas naquela universidade, dessa forma resumida pela própria autora:

18,81% foram preenchidas por cotistas (UnB, 2008d).

216 O item 7.5.1 do Edital do Vestibular da UnB 2009 (UnB, 2008c) prevê a possibilidade de pedido de reconsideração pelo candidato eliminado da seleção pelo sistema de cotas. A decisão desse pedido é definitiva.

217 Tal fato ganhou imensa repercussão na mídia, utilizando-se aqui da reportagem veiculada na Revista Veja escrita por Rosana Zakabi e Leoleli Camargo (2007).

Em síntese, constatamos que o rendimento acadêmico dos cotistas é em geral igual ao rendimento dos não-cotistas; ora menor, ora maior, mas sem nenhuma tendência clara. Apenas nos cursos de maior prestígio das Ciências podemos dizer que os alunos do universal foram superiores aos alunos do sistema de cotas. Esses resultados, de um modo geral, vão em sentido contrário às críticas referentes à provável queda de qualidade do ensino superior como resultado do estabelecimento do sistema de cotas. (CARDOSO, 2008)

Os resultados positivos do sistema de cotas da UnB foram divulgados pela SEPPIR em evento no qual foram homenageados os formandos cotistas desta universidade. Conforme avaliação feita (BRASIL, 2008), em 02 de setembro de 2008, o aumento de estudantes negros na UnB foi de 10 pontos percentuais (antes do sistema de cotas, o número de estudantes negros era de 2%, atualmente, é de 12%). Informa ainda que, no vestibular de 2003, primeiro ano em que a UnB reservou 20% das vagas aos candidatos negros, 378 alunos cotistas foram aprovados, dos quais 44 se formaram no ano de 2008, em 19 cursos distintos.²¹⁸

Os resultados já apresentados entre o desempenho dos alunos cotistas e não cotistas da UERJ e da UnB permitem uma avaliação positiva do sistema de cotas nessas universidades. Porém, tendo em vista tal sistema ainda ser recente no sistema educacional brasileiro, qualquer análise definitiva dos dados ainda se mostra precipitada tendo em vista a diversidade racial que se pretende alcançar no mercado de trabalho. O que se pode afirmar é que se está no caminho certo no sentido de assegurar a diversidade racial na Educação.

5.3 ProUni

O Programa Universidade Para Todos (ProUni) teve início em 2005, instituído pela Medida Provisória nº 213, de 10 de setembro de 2004, convertida na Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005, regulamentado pelo Decreto nº 5.493, de 18 de julho de 2005.

Até o final de 2004, as instituições de ensino superior sem fins lucrativos²¹⁹ eram isentas do pagamento de tributos, bastando para tanto que conce-

218 Dado importante da referida análise é que dos 44 formandos, 57,9% já ingressaram no mercado de trabalho (BRASIL, 2008).

219 Segundo informações do Ministério da Educação (2008) tais instituições representam 85% das matrículas no ensino superior privado no País.

dessem bolsas de estudo (parciais ou integrais) aos alunos, sem regulamentar o Estado, contudo, de que forma tais bolsas seriam concedidas, tampouco a quantidade das mesmas. Esta possibilidade de autorregulamentação da concessão de bolsas pelas universidades ampliava o acesso de vários grupos às universidades, porém tal acesso ainda se mostrava restrito.

Com a instituição do ProUni, o Estado passou a determinar de que forma as bolsas seriam concedidas nessas instituições,²²⁰ assim como nas instituições com fins lucrativos que tenham aderido ao programa. Segundo o artigo 1º da Lei nº 11.096/2005, determinou-se que as bolsas concedidas deveriam ser integrais ou parciais de 25% ou 50%, proporcionalmente aos alunos pagantes por curso e turno. As bolsas integrais destinam-se àqueles candidatos cuja renda mensal familiar *per capita* não exceda a um salário mínimo e meio (artigo 1º, §1º, da Lei nº 11.096/2005). As bolsas de 25% e 50% serão oferecidas àqueles cuja renda acima não ultrapasse três salários mínimos.

Os requisitos para a concessão das bolsas do ProUni, bem como o processo seletivo são previstos, respectivamente, nos artigos 2º e 3º da Lei nº 11.096/2005, *in verbis*:

Art. 2º A bolsa será destinada:

I - A estudante que tenha cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral;

II - A estudante portador de deficiência, nos termos da Lei;

III - A professor da rede pública de ensino, para os cursos de licenciatura, normal superior e pedagogia, destinados à formação do magistério da educação básica, independentemente da renda a que se referem os §§1º e 2º do art. 1º desta Lei.

Parágrafo único. A manutenção da bolsa pelo beneficiário, observado o prazo máximo para a conclusão do curso de graduação ou sequencial de formação específica, dependerá do cumprimento de requisitos de desempenho acadêmico, estabelecidos em normas expedidas pelo Ministério da Educação.

Art. 3º O estudante a ser beneficiado pelo ProUni será pré-sele-

220 Segundo o artigo 8º da Lei nº 11.096/2005, as instituições que aderem ao ProUni ficam isentas, durante o período de vigência do termo de adesão, dos seguintes impostos ou contribuições: Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social e Contribuição para o Programa de Integração Social.

cionado pelos resultados e pelo perfil socioeconômico do Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM ou outros critérios a serem definidos pelo Ministério da Educação, e, na etapa final, selecionado pela instituição de ensino superior, segundo seus próprios critérios, à qual competirá, também, aferir as informações prestadas pelo candidato.

Parágrafo único. O beneficiário do Prouni responde legalmente pela veracidade e autenticidade das informações socioeconômicas por ele prestadas.

Além de exigir que o candidato tenha cursado todo o ensino médio em escolas públicas ou escolas privadas, desde que na condição de bolsista integral nestas últimas, o programa também estabelece como pré-requisito para obtenção dos seus benefícios que o candidato participe do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM).

Para o presente estudo, os aspectos mais importantes do ProUni são aqueles que dizem respeito à questão racial, uma vez que para a adesão ao programa, a instituição de ensino deve se comprometer a reservar vagas para pessoas portadoras de deficiência, negros e indígenas, conforme o artigo 7º da Lei nº 11.096/2005, sendo que o percentual destinado a esses grupos deve ser o mesmo percentual em que são representados na unidade da federação onde situada a instituição de ensino.

A importância da análise do ProUni para este trabalho se mostra pela possibilidade de avaliar os resultados de tais programas como forma de previsão para a política de cotas instituída pela Lei nº 12.711/2012, tratada abaixo, bem como possíveis resultados de outras ações afirmativas que venham a ser implementadas.

O primeiro resultado apresentado pelo ProUni é o aumento do acesso de alunos oriundos da rede pública de ensino ao ensino superior, o que se apresenta como possibilidade de mobilidade social para os beneficiados. Outro dado importante do programa é o aumento da quantidade de negros no ensino superior: segundo dados do Ministério da Educação (BRASIL, 2008), 45,39% dos bolsistas do ProUni são negros, enquanto 47,7% são brancos. Tal proporção jamais foi vista no Brasil, conforme visto no capítulo anterior, e ainda não é realidade nas instituições de ensino superior públicas, o que demonstra a importância do resultado alcançado como forma de realização da igualdade racial na Educação.

A experiência do ProUni também pode ser utilizada para combater a crítica de que a implementação do sistema de cotas nas universidades reduziria o

nível educacional das mesmas. Segundo a Revista do ProUni, os estudantes beneficiados pelo programa obtiveram notas superiores aos dos alunos não-bolsistas no Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes (ENADE)²²¹ de 2006. O mesmo resultado foi encontrado em pesquisa realizada pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, visando à análise do acesso e permanência dos alunos beneficiados pelo ProUni, que demonstrou, além de boas notas, menor número de faltas destes, o que indica maior compromisso e dedicação:

No 1º semestre de 2005, 77,2% dos alunos que entraram na PUC Minas pelo Prouni foram aprovados em todas as disciplinas. No mesmo período, a reprovação global por desempenho na Universidade foi de 29,7% contra 22,9% para os alunos beneficiados pelo programa do governo. Além disso, mais de 94% dos alunos que entraram na instituição pelo Prouni continuam na Universidade, numa evasão abaixo da média global – só 5,6% deles não se rematricularam, contra o índice de 5,63% para toda a Universidade. Eles também têm se mostrado alunos que não faltam às aulas: apenas 2,9% foram reprovados por frequência, índice que foi de 9,39% para o conjunto dos alunos da PUC Minas. (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS, 2006)

É importante ressaltar que o ProUni exige a aprovação em 75% das disciplinas, em cada período letivo, para manutenção da bolsa, o que impõe o empenho ao aluno e o seu estudo, não sendo coerente que se afirme, conforme tratado no tópico destinado às críticas às ações afirmativas, que a qualidade do ensino superior é reduzida com a concessão deste tipo de benefício.

Para que a qualidade dos cursos das instituições superiores seja mantida, foi alterado o parágrafo 4º do artigo 7º da Lei nº 11.096/2005 pela Lei nº 11.509, em 20 de julho de 2007, estabelecendo que os cursos que forem considerados insuficientes pelo Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES) serão desvinculados do ProUni.

Atualmente, o ProUni, que pode ser considerado uma ação afirmativa, tem se mostrado como um dos principais meios de realização da justiça distributiva,²²² almejada pelas ações afirmativas de forma geral, uma vez que garante

221 O Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes (ENADE) afere, por amostragem, o rendimento dos alunos nos cursos de graduação.

222 No final de 2008, formaram-se os primeiros 56.000 bolsistas do ProUni que ingressaram nas universidades em 2005 (FISCHBERG, 2008). Segundo dados do IPEA, 748.788 estudantes se beneficiaram do ProUni, até o final de 2011 (IPEA, 2011).

o acesso à universidade ao estudante oriundo da rede pública de ensino, bem como aos negros, indígenas e portadores de deficiência. Embora reconhecido dessa maneira, hoje, a recepção do programa ora analisada também foi recebida com alarde, o que será estudado quando da análise jurisprudencial.

O ProUni se apresenta como o mais importante programa de democratização de acesso ao ensino no Brasil, hoje, com mais de um milhão de estudantes beneficiados, mudou a “cara” das instituições de ensino superior em nosso País, antes, reservadas à elite, pluralizando e diversificando a população universitária brasileira.

5.4 Ações afirmativas na Educação previstas na Lei 12.711, de 29 de agosto de 2012

A Lei 12.711/2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e estaduais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências, é resultado do PL nº 73/1999, proposto pela deputada Nice Lobão, em 24 de fevereiro de 1999. A Lei foi regulamentada pelo Decreto nº 7.824, de 11 de outubro de 2012.

Os artigos desta Lei serão analisados, um a um, com a finalidade de se verificar se a forma como as cotas nele são previstas coadunam-se com o princípio da igualdade, bem como possuem o condão de combater a discriminação racial no Brasil, bem como propiciar a inclusão social que se almeja. Eis o artigo 1º da Lei:

Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação, reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o *caput* deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário mínimo (um salário-mínimo e meio) *per capita*.

Inicialmente, a previsão de reserva de vagas nos cursos de graduação se refere aos estudantes que tenham cursado todo o ensino médio em escolas públicas.

Das vagas oferecidas aos estudantes oriundos da rede pública de ensino, 50% são reservadas aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário mínimo *per capita*, o que permite afirmar que, embora a Lei preocupe-se com os alunos de classes sociais mais baixas, a prioridade de inclusão no ensino público superior é dos alunos oriundos de escolas públicas.

É importante noticiar que a Procuradoria da República em Minas Gerais ajuizou ação, em 1999, pedindo a reserva de 50% das vagas para os alunos egressos de escolas públicas em 12 instituições de ensino superior, no Estado de Minas Gerais: Universidade Federal de Viçosa, Universidade Federal de Minas Gerais, Universidade Federal de Lavras, Universidade Federal de Uberlândia, Universidade Federal de Juiz de Fora, Universidade Federal de Ouro Preto, Fundação de Ensino Superior de São João Del-Rei, Escola Federal de Engenharia de Itajubá, Faculdade Federal de Odontologia de Diamantina, Escola de Farmácia e Odontologia de Alfenas, Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro e Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais. O pedido obteve procedência, em Primeira Instância, o que se confirmou no Tribunal Regional Federal – 1ª Região.

É importante que se conheça a fundamentação²²³ para o provimento do pedido, tendo em vista ir ao encontro do que é defendido ao longo de todo este trabalho, bem como por fundamentar com solidez a legalidade e a necessidade de reserva de vagas nas instituições de ensino superior públicas aos alunos oriundos das escolas públicas:

CONSTITUCIONAL. ENSINO SUPERIOR PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PARA RESERVA DE VAGAS (COTAS) PARA ESTUDANTES EGRESSOS DA REDE PÚBLICA DE ENSINO. LEGITIMIDADE ATIVA DO PARQUET PARA PROPOR AÇÕES COLETIVAS NA DEFESA DOS INTERESSES SOCIAIS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS (CF ARTIGO 127). LEGITIMIDADE PASSIVA DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AÇÕES AFIRMATIVAS. MÉRITO ACADÊMICO E ISONOMIA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. [...]

223 Optou-se por citar as fundamentações pertinentes ao tema em estudo, tendo em vista a extensão da decisão. Recomenda-se, portanto, a leitura integral da mesma.

9. Dispõem o art. 206, inciso I, da Constituição da República e o artigo 3º, incisos VI e IX, da Lei de Diretrizes e Bases que o ensino será ministrado com base nos princípios de igualdade de condições para acesso e permanência na escola.

10. A maioria dos alunos que concluem o ensino médio no Estado de Minas Gerais são egressos da rede de ensino pública, na proporção de quatro estudantes provenientes da escola pública para cada aluno egresso da rede de ensino médio privada.

11. A questão da democratização do acesso ao terceiro grau tem a ver com o número crescente da procura de vagas por parte de jovens egressos das escolas públicas de segundo grau que não têm condições de concorrer em nível de conhecimento com alunos que cursaram o ensino médio na rede privada em melhor qualidade acadêmica.

12. É notória a insuficiência de vagas nas universidades públicas; e o processo de privatização acelerado que o ensino superior está passando não atende às necessidades dos alunos de baixa renda que não podem pagar mensalidades.

13. Alguns fatores que conduzem à dificuldade de acesso de alunos da rede pública de ensino a terem pouca ou nenhuma oportunidade de ingressarem no nível superior são a deficiente qualidade do ensino médio, a ausência de incentivo familiar e da sociedade, a necessidade de ingressar no mercado de trabalho e a concorrência dos estudantes intelectualmente mais preparados da rede de ensino privada.

14. As enormes deficiências do ensino fundamental e médio da escola pública fazem com que os alunos de menor renda fiquem sub-representados na universidade pública. Somente 20% dos que iniciaram os estudos de segundo grau na rede pública concluem o curso.

15. A qualidade do ensino ministrado influi na possibilidade de se competir no mercado de trabalho. As insuficiências do ensino público de primeiro e segundo graus ministrados aos segmentos mais pobres da sociedade brasileira fazem com que seja menor a possibilidade de ascensão social.

16. *O desaparecimento de níveis de desigualdade intoleráveis no acesso à sociedade do conhecimento não se dará pelo livre funcionamento do mercado. Políticas universais de desenvolvimento em países de passado caracterizado por desníveis sociais e econômicos profundos só logram*

êxito de fazer desaparecer as desigualdades em longuíssimo tempo. Daí a necessidade de ações específicas para determinados grupos estigmatizados e marginalizados.

17. Os atuais métodos de seleção de candidatos ao ensino superior público fazem com que o Estado favoreça os que têm em detrimento dos que não têm recursos.

18. O país não dispõe de recursos orçamentários para o ensino obrigatório (de qualidade ou não) dos sete aos quatorze anos e não há perspectiva alguma de se alterar a distribuição do orçamento para implementar a universalização do ensino de primeiro e segundo graus de qualidade.

19. As práticas institucionais dos órgãos do Estado permitem métodos excludentes. A má qualidade do sistema de educação prestada a grupos de crianças carentes não causa clamor público em virtude de ausência de cidadania simbólica (direito de ter direito) de que são acometidos certos segmentos da população.

20. O acesso exclusivo do aluno ao terceiro grau mediante o concurso vestibular é um instrumento que avalia a capacitação intelectual dos iguais. A ausência de outros critérios de avaliação que não o somatório de notas no referido exame produz a igualdade dos iguais.

21. A igualdade formal padece de limitações enquanto a igualdade material pressupõe a distribuição desigual de oportunidades para que os desfavorecidos obtenham um nivelamento de oportunidade. O princípio da igualdade material insere-se na Constituição nas normas programáticas que objetivam conceder direitos àqueles que não usufruem dos bens da vida.

22. Descumprindo o Estado o princípio de igualdade de condições (igualdade material ou substancial) em relação aos desiguais de escola pública, há que se promover uma desigualdade positiva para o efeito de obter a igualação jurídica real.

23. A ordem constituída é mais que uma ordem legitimada pelos fatos. Assenta-se a ordem jurídica na consciência de que não será eficaz sem o concurso da vontade. As normas programáticas adquirem vigência por meio de atos da vontade humana.

24. “Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado,

tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito”. (Joaquim B. B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da igualdade*. Rio, Renovar, 2001, p. 40-A.) 25. “A definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos enraizados na cultura dominante na sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias”. Criação que refletiria uma “mudança comportamental dos juízes constitucionais de todo o mundo democrático do pós-guerra”, que estariam mais conscientes da necessidade de uma “transformação na forma de se conceberem e aplicarem os direitos, especialmente aqueles listados entre os fundamentais. Não bastavam as letras formalizadoras das garantias prometidas; era imprescindível instrumentalizarem-se as promessas garantidas por uma atuação exigível do Estado e da sociedade. Na esteira desse pensamento, pois, é que a ação afirmativa emergiu como a face construtiva e construtora do novo conteúdo a ser buscado no princípio da igualdade jurídica. O Direito Constitucional, posto em aberto, mutante e mutável para se fazer permanentemente adequado às demandas sociais, não podia

persistir no conceito estático de um direito de igualdade pronto, realizado segundo parâmetros históricos eventualmente ultrapassados” (idem p. 42-43).

26. As ações afirmativas de discriminação positiva são métodos para diminuir as desigualdades estruturais de grupos expostos à discriminação. Mediante ações específicas, opera-se o favorecimento de certas minorias sociais de forma que se logre a isonomia de oportunidades. Busca-se, assim, uma inclusão de indivíduos na estrutura social que de outra maneira permaneceriam excluídos.

27. As políticas compensatórias não têm por objetivo perdurar indefinidamente no tempo. São necessárias somente enquanto uma falsa estrutura de direitos formais, que favorece a apropriação e controle do acesso ao poder e aos benefícios sociais pelo grupo dominante, afasta sujeitos historicamente discriminados desses mesmos benefícios.

28. Apelações das rés improvidas. 29. Remessa parcialmente provida. (TRF-1. AC 1999.38.00.036330-8/MG. Rel. Selene Maria de Almeida, 2007, grifo nosso)

A promulgação da Lei nº 12.711/2012 expande esse sistema a todas as instituições de ensino públicas federais, bem como implanta o sistema de cotas com vistas a beneficiar os alunos egressos de escolas públicas, o que satisfaz os críticos das ações afirmativas que alegam que a desigualdade social no Brasil é somente de fundo socioeconômico, e não racial.²²⁴

O artigo 2º do Projeto de Lei nº 73-C/1999, previa que:

Art. 2º As universidades públicas deverão selecionar os alunos advindos do ensino médio em escolas públicas tendo como base o Coeficiente de Rendimento – CR, obtido por meio da média aritmética das notas ou menções obtidas no período, considerando-se o currículo comum a ser estabelecido pelo Ministério da Educação e do Desporto.

Parágrafo único. As instituições privadas de ensino superior poderão adotar o procedimento descrito no *caput* deste artigo em seus exames de ingresso.

224 Embora, conforme visto no capítulo anterior tal crítica não se comprova, quando se observa a realidade brasileira, ficando claro que no Brasil a discriminação racial é traço determinante da sociedade, baseando-se o preconceito na aparência do indivíduo.

O que se depreende da leitura deste artigo é que o tradicional vestibular seria substituído por um processo seletivo que leve em consideração a vida escolar pregressa do estudante. Porém, o dispositivo era confuso, no sentido de que não permitia concluir de que forma os alunos que não estivessem concorrendo às vagas reservadas por cotas as disputariam. Sendo assim, o artigo 2º do projeto de lei foi vetado, por desatendimento ao princípio da igualdade, uma vez que existiriam dois tipos de processo seletivo em uma mesma seleção.

O artigo 3º complementa o artigo 1º, inserindo a questão racial no sistema de cotas:

Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Parágrafo único. No caso de não preenchimento das vagas segundo os critérios estabelecidos no *caput* deste artigo, aquelas remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

O sistema de cotas adotado pela Lei 12.711/2012 é o flexível, tendo em vista levar em consideração se o candidato à vaga cursou todo o ensino médio em escola pública, bem como sua renda *per capita*, além da sua cor ou etnia.

Portanto, a reserva das vagas é, primordialmente, para os alunos oriundos da rede pública de ensino, a eles sendo reservado 50% das vagas totais, sendo que, dessa porcentagem reservar-se-á aos negros, pardos e indígenas percentual conforme a proporção da população na unidade da Federação onde está instalada a instituição, observado o último censo do IBGE.

A Lei é omissa quanto à forma pela qual os candidatos cotistas se enquadrarão em um ou outro requisito para as cotas, ou se poderão concorrer às mesmas preenchendo todos os requisitos. O requisito principal é ter cursado todo o ensino médio em escolas públicas. Das vagas reservadas a estes, 50% deverão ser reservadas aos candidatos cuja renda *per capita* seja igual ou inferior a um salário mínimo e meio; e aos negros, pardos e indígenas, deverão ser reservadas, das vagas reservadas aos alunos oriundos das escolas públicas, vagas na proporção de sua representação na unidade da federação em que se situa a instituição.

A melhor interpretação dos referidos dispositivos é a de que das vagas reservadas aos cotistas, 50% sejam reservadas aos candidatos que possuam a renda

igual ou inferior a 1,5 salário mínimo, sendo que os candidatos negros, pardos e indígenas concorrem a ambas as vagas, observada a proporção da representação destas populações na unidade da federação em que se situe a instituição de ensino; as demais vagas são acessíveis aos alunos que não se enquadrem em um ou outro requisito, mas tenham cursado todo o ensino médio em escolas públicas, encarregando-se a comissão de seleção dos alunos de efetuarem a complexa operação matemática que se apresenta, de forma a se alcançarem as proporções pretendidas.

O critério seletivo apresentado pela Lei 12.711/2012 se mostra justo, tendo em vista que leva em consideração a classe social (considerando-se que a maioria dos estudantes das escolas públicas pertence às classes sociais mais baixas), bem como a discriminação racial, buscando a inclusão social e a representatividade dos negros e indígenas na mesma proporção em que são representados na sociedade.

O artigo em tela merece a seguinte observação: enquanto projeto de lei apresentava problema na classificação racial dos candidatos, tendo em vista que distinguia negros e pardos. Segundo a classificação do IBGE as cores/raças distinguem-se da seguinte forma:

[...] branca, preta, amarela (compreendendo-se nesta categoria a pessoa que se declarou de raça amarela), parda (incluindo-se nesta categoria a pessoa que se declarou mulata, cabocla, cafuza, mameluca ou mestiça de preto com pessoa de outra cor ou raça) e indígena (considerando-se nesta categoria a pessoa que se declarou indígena ou índia). (IBGE, 2006)

Dessa forma, o IBGE não distingue negros de pardos, mas sim, pretos e pardos, sendo que essas duas categorias juntas formariam o conjunto dos negros. Ou seja, a distinção feita pelo projeto de lei entre os termos “negros” e “pardos” distinguia termos que expressam a mesma coisa, o que resultou em sua alteração, após a aprovação, constando-se, em substituição ao termo “negros”, o termo “pretos”.

Neste ponto, reside a possibilidade de fraude à Lei, uma vez que torna possível que um indivíduo que possua maiores características fenotípicas da cor/raça branca fraude o processo seletivo se declarando “pardo”.

O mesmo sistema de cotas será o utilizado para o preenchimento das vagas nas instituições federais de ensino técnico de nível médio, conforme artigos 4º e 5º.

Na lei em análise, atribui-se ao Ministério da Educação e à SEPPIR, ouvida a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), a responsabilidade pelo acompanhamento e avaliação do programa de ações afirmativas na educação previsto no Estatuto (artigo 6º).

O caráter temporário das ações afirmativas foi considerado pela Lei 12.711/2012, que prevê a revisão do programa, tanto relativamente aos negros, pardos e indígenas, quanto aos alunos oriundos das escolas públicas, no prazo de 10 anos, conforme artigo 7º, *in verbis*:

Art. 7º O Poder Executivo promoverá, no prazo de 10 (dez) anos, a contar da publicação desta Lei, a revisão do programa especial para o acesso de estudantes pretos, pardos e indígenas, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, às instituições de educação superior.

Isto significa dizer que o sistema de cotas não é perpétuo, mas terá validade enquanto as discriminações forem constatadas. Também as cotas para alunos que cursaram integralmente o ensino médio em escolas públicas só serão necessárias até que o ensino público equivalha, aproximadamente, em qualidade, ao ensino privado. Tal revisão poderá ser feita através de avaliações do ensino médio, bem como por meio de censos nas universidades para que se analise a proporção da população negra nas mesmas.

A Lei prevê como data limite para a total implementação do sistema de cotas o prazo máximo de quatro anos, a contar da data de sua publicação, sendo que, antes desse prazo, as instituições de ensino das quais tratam a lei, deverão implementar, no mínimo, 25% da reserva de vagas a cada ano, conforme disposto no artigo 8º.

O sistema de cotas previsto na Lei 12.711/2012 se apresenta constitucional, mostrando-se capaz de promover a inclusão social e racial almejada pelo Estado Democrático de Direito. As políticas previstas nesta lei atendem às modernas concepções do princípio da igualdade, ou seja, levando-se em conta as diferenças, considerando-se as mesmas como a melhor possibilidade de se efetivar a igualdade racial na Educação, uma vez que consideram a defasagem do ensino médio público brasileiro, em relação à qualidade do ensino privado, bem como a discriminação racial existente em nossa sociedade.

Os benefícios advindos com a execução da lei em estudo poderão ser muitos, dentre eles, o aumento da qualidade do ensino público, tendo em vista a possibilidade de retorno da classe média, que atualmente ocupa o ensino privado, para o ensino médio público, com vistas a poder se beneficiar das cotas; bem

como, o aumento da diversidade social, cultural e racial no ensino superior, com a consequente formação de cidadãos que se adaptem a essas diferenças e com elas aprendam a conviver de forma harmoniosa.

Deve-se destacar, porém, alguns problemas que necessitam de análise, quais sejam: os alunos oriundos dos centros de excelência do ensino público médio, como por exemplo, os Centros Federais de Educação Tecnológica (CEFET's) e Colégios Técnicos (COLTEC's) das universidades ocuparão praticamente todas as vagas reservadas pelas cotas, uma vez que seus concorrentes (de outras escolas públicas) estarão muito aquém do seu nível educacional.

A fim de ilustrar a diferença que se apresenta, vale citar os resultados do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) (a nota varia entre 0 e 100) em algumas das principais instituições do estado de Minas Gerais: os alunos do Colégio Santo Antônio, tradicional escola privada da cidade de Belo Horizonte, obtiveram como nota média no ENEM 78,83; os alunos do CEFET/MG alcançaram a média de 74,21; os estudantes do COLTEC do Centro Pedagógico da Universidade Federal de Minas Gerais obtiveram a nota 74,87 (INEP, 2007). As notas destas duas últimas instituições assemelham-se às da instituição privada apresentada, e em vários momentos ultrapassa a nota média obtida por alunos de várias outras instituições privadas.

Por outro lado, a grande maioria dos alunos oriundos da rede municipal e estadual das escolas de Belo Horizonte (INEP, 2007), obteve notas médias abaixo de 55, a título de exemplo, a tradicional escola Estadual Central (Escola Estadual Governador Milton Campos), que teve como seus alunos ilustres o sociólogo Herbert José de Souza – Betinho, assim, como o cartunista Henfil, alcançou a nota 60,39, resultado da má qualidade do ensino público brasileiro.

A questão que se apresenta é se os alunos dos centros de excelência do ensino médio público citados acima devem realmente ter o direito de concorrer às vagas reservadas aos alunos oriundos de escolas públicas.

O que se pode concluir da análise da Lei 12.711/2012 é que a pluralidade e a igualdade buscadas no Estado Democrático de Direito podem ser satisfeitas com a sua implementação, entretanto, é necessário que se discutam algumas questões ainda pendentes, bem como sejam corrigidos os erros que se apresentaram, como forma de se evitarem ações judiciais futuras.

Capítulo 6: Análise das ações afirmativas pelo Judiciário

As ações afirmativas tratadas ao longo deste trabalho foram exaltadas por vários grupos sociais, porém são rechaçadas por outros, que ingressaram com ações judiciais na tentativa de barrar a sua execução.

A análise pelo Judiciário de questões controversas na sociedade, sobretudo, com a verificação da constitucionalidade de tais questões, resolve, definitivamente, a legitimidade de tais ações. As “respostas corretas” a esses “casos difíceis” levados ao Judiciário pautam-se por princípios jurídicos, promovendo avanços sociais, sem a necessidade de elaboração de normas para tal fim, demonstrando um próprio amadurecimento do debate social para o tratamento de tais questões. Em se considerando que, em tais casos, são debatidos direitos fundamentais, a efetividade de tais direitos é colocada em pauta, se apresentando benéfica para toda a sociedade a reflexão acerca de temas de tão alta relevância. A tarefa é árdua, tal como nos ensina o Prof. Menelick de Carvalho Netto, ao tratar dos desafios para realização dos direitos fundamentais:

O primeiro grande desafio é sabermos que se, por um lado, os direitos fundamentais promovem a inclusão social, por outro e a um só tempo, produzem exclusões fundamentais. A qualquer afirmação de direitos corresponde uma delimitação, ou seja, corresponde ao fechamento do corpo daqueles titulados a esses direitos, à demarcação do campo inicialmente invisível dos excluídos de tais direitos. A nossa história constitucional não somente comprova isso, como possibilita que repostulemos a questão da identidade constitucional como um processo permanente em que se verifica uma constante tensão extremamente rica e complexa entre a inclusão e a exclusão e que ao dar visibilidade à exclusão, permite a organização e a luta pela conquista de concepções cada vez mais complexas e articuladas da afirmação constitucional da igualdade e da liberdade de todos. Este é um desafio à compreensão dos direitos fundamentais; tomá-los como algo permanentemente aberto, ver a própria Constituição formal como um processo permanente, e, portanto, mutável, de afirmação da cidadania. (NETTO; SCOTTI, 2011, p. 43)

O instituto da mutação constitucional é extremamente importante no pós-positivismo, refletindo a alteração da realidade social na forma de se inter-

pretar a Constituição, sem a necessidade de alteração formal do seu texto. Tal se dá pela incompatibilidade de alguma norma do ordenamento jurídico frente aos anseios sociais ou pela interpretação inadequada das normas jurídicas, diante da mudança da prática social.²²⁵

O Supremo Tribunal Federal realizou três julgamentos históricos acerca das ações afirmativas, no ano de 2012, decidindo, em um intervalo de 15 dias a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.330, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 e o Recurso Extraordinário nº 597.285, confirmando a tendência da corte de pautar suas decisões pelos fundamentos do Estado Democrático de Direito ao afirmar os direitos das minorias, tal como se deu no Recurso Extraordinário nº 477.554, em que o STF reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar e a sua função de proteção das minorias:

UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO – ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) – O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA – **O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDEIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA** – ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE – PRINCÍPIOS DE

225 “A mutação constitucional dar-se-á, também, em razão do impacto de alterações da realidade sobre o sentido, o alcance ou a validade de uma norma. O que antes era legítimo pode deixar de ser. E vice-versa. Um exemplo: a ação afirmativa em favor de determinado grupo social poderá justificar-se em um momento histórico e perder o seu fundamento de validade em outro. Intervenções estatais a favor de mulheres, negros ou índios deixarão de ser legítimas se não houver mais qualquer situação objetivamente desfavorável que a justifique” (BARROSO, 2011, p. 160).

YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO – DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL – O ARTIGO 226, §3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO – *A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL – O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) “QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS” (CF, ARTIGO 5º, XLI) – A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.*

NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomenta a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigule as pessoas em razão de sua orientação sexual.

RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. O Supremo Tribunal Federal – apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da

felicidade) – reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas.

A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da

dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado.

A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina. (STF RE nº 477.554/MG, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, 26.08.2011)

O STF reconhece na decisão o direito à felicidade como princípio constitucional intrínseco à dignidade da pessoa humana, abrangendo a concepção de Ronald Dworkin de que igualdade significa o tratamento dos indivíduos com a mesma consideração e respeito. Na decisão, verificamos a preocupação do Supremo com a realização do último elemento da tríade francesa, qual seja, fraternidade, entendida como solidariedade (elevando o afeto a valor jurídico, e como tal com dever de proteção pelo Estado), pluralismo e igual realização em uma sociedade sem discriminação, por qualquer motivo.

Também é destacada na referida decisão a função contramajoritária do STF na proteção das minorias, ou seja, os tradicionalmente excluídos têm a quem recorrer, e não mais precisam se sujeitar à opressão da sociedade que os discrimina.

No mesmo sentido, o STF decidiu as ações que versavam sobre as ações afirmativas, é que se passa a verificar.

Por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.330, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (COFENEN) pediu a declaração da inconstitucionalidade da MP 213/2004 (que instituiu o ProUni), alegando a autora, dentre os diversos argumentos utilizados para pleitear a declaração de inconstitucionalidade da MP em questão, que o ProUni viola a isonomia prevista nos artigos 3º e 5º da Constituição de 1988, bem como viola a previsão de “igualdade de condições para acesso e permanência na escola” (artigo 206 da CF), conforme petição inicial:

[...] os postulantes a cursos de nível superior, independente de sua condição sócio-econômica, racial, gênero ou credo, têm, à luz da Constituição Federal, os mesmos direitos, não podendo a Lei estabelecer outras discriminações para o acesso, que não seja a baseada na capacidade de cada um, demonstrada objetivamente.²²⁶ (MARTINS, 2004, p. 24)

A requerente (MARTINS, 2004) questionou ainda a legitimidade do critério racial se apresentar como requisito para a concessão de bolsas no ProUni, fundamentando-se no descumprimento dos artigos 3º e 5º da CF, afirmando também que é obrigação do poder público a capacitação dos indivíduos para que estes tenham acesso ao ensino superior:

[...] a medida provisória estabelece discriminação entre os cidadãos brasileiros, ao arrepio do que permite a Lei Maior. Em face dos princípios consagrados na Constituição, a todos os alunos de cursos superiores devem ser assegurados os mesmos direitos, não podendo a lei – e, menos ainda, ato legislativo provisório, como é o caso da MP 213/2004 – estabelecer validamente discriminações que não sejam fundadas no preparo intelectual, como critério para prover as vagas existentes no ensino superior.

É, entretanto, o que faz a medida provisória em tela, na medida em que atribui, a alguns, maiores direitos que a outros, como, por exemplo, o de ingressar no ensino superior com menor qualificação, considerando critérios sócio-econômicos ou raciais, o que viola a

226 Conforme visto quando se tratou do princípio da igualdade, tal fundamentação se mostra em desconformidade com o paradigma do Estado Democrático de Direito, uma vez que leva em consideração somente a aceção formal do princípio da igualdade.

isonomia assegurada não só no art. 5º, da CF, mas também no art. 206, segundo o qual deve o Poder Público assegurar “*igualdade de condições para acesso e permanência na escola*” e no art. 208, V, que garante o acesso ao ensino, a pesquisa e à criação artística *segundo a capacidade de cada um* (art. 208, inciso V). (MARTINS, 2004, p. 4)

A ADI foi decidida no dia 03 de maio de 2012 (BRASIL, 2012a), sendo que o relator do processo, Ministro Carlos Britto, a julgou improcedente, fundamentando-se na possibilidade de desigualdade dos estudantes oriundos da rede pública de ensino, em face da educação de má qualidade por eles recebida, reconhecendo que a lei em questão não ofende o princípio da igualdade, uma vez que o combate à desigualdade é forma de se realizar este princípio.²²⁷

Por maioria absoluta e nos termos do voto do relator, os demais ministros decidiram em igual sentido a referida ação, sedimentando o STF o entendimento da igualdade como sensibilização do Poder Público às particularidades dos indivíduos, bem como consideração de que na sociedade brasileira houve um processo de formação excludente.

Não foram acolhidas as alegações de que o programa feriria a autonomia universitária e a livre iniciativa, posto que a Lei nº 11.096/05 acentua a voluntariedade da adesão ao programa pelas instituições particulares, na forma prevista em seu artigo 7º:

Rechaçaram-se, de igual modo, as alegações de afronta aos princípios da igualdade, da isonomia, da não discriminação e do devido processo legal ao argumento de que não se afiguraria legítimo, no ordenamento, que vagas no ensino superior fossem reservadas com base na condição sócio-econômica do aluno ou em critério racial ou de suas condições especiais. Salientou-se que a igualdade seria

227 Da mesma forma, o relator: “Também não acolheu a tese de que o art. 7º da norma em questão violaria o princípio da autonomia universitária (CF, art. 207), visto que o PROUNI seria um programa concebido para operar por ato de adesão ou participação absolutamente voluntária. Esgrimiou, ademais, o argumento de ofensa ao princípio da livre iniciativa (CF, art. 170), ao fundamento de que este postulado já nasceria relativizado pela própria Constituição, pois a liberdade de iniciativa estaria sujeita aos limites impostos pela atividade normativa e reguladora do Estado, que se justificasse pelo objetivo maior de proteção de valores também garantidos pela ordem constitucional e reconhecidos pela sociedade como relevantes para uma existência digna, conforme os ditames da justiça social” (STF, 2008a). Após o voto do Ministro Carlos Britto, pediu vista dos autos o Ministro Joaquim Barbosa Gomes.

valor que teria, no combate aos fatores de desigualdade, o seu modo próprio de realização. Além disso, a distinção em favor dos estudantes que tivessem cursado o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas contemplados com bolsa integral constituiria discrimen a compensar anterior e factual inferioridade. Desacolheu-se a tese de que o artigo 7º da Lei nº 11.096/2005 violaria o princípio da autonomia universitária (CF, artigo 207), porque o Prouni seria programa de ações afirmativas que se operacionalizaria mediante concessão de bolsas e por ato de adesão ou participação voluntária e, portanto, incompatível com a ideia de vinculação forçada. Esgrimiou-se, ademais, a assertiva de ofensa ao princípio da livre iniciativa (CF, artigo 170), ao fundamento de que este postulado já nasceria relativizado pela própria Constituição. Isso porque a liberdade de iniciativa estaria sujeita aos limites impostos pela atividade normativa e reguladora do Estado, justificados pelo objetivo maior de proteção de valores também garantidos pela ordem constitucional e reconhecidos pela sociedade como relevantes para uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Rechaçou-se o pretenso desrespeito do artigo 9º da Lei em causa ao artigo 5º, XXXIX, da CF, porquanto a matéria nele versada não seria de natureza penal. Frisou-se que o referido dispositivo listaria as únicas sanções aplicáveis pelo Ministério da Educação – aliado ao controle e gerenciamento do programa, por se referir à matéria essencialmente administrativa – aos casos de descumprimento das obrigações assumidas pelo estabelecimento de ensino superior, depois da assinatura do termo de adesão ao programa. (BRASIL, 2012c)

O ProUni é visto pelo STF como mecanismo propiciador da mobilidade social, ampliando as oportunidades dos indivíduos excluídos com o aumento da sua escolaridade, destacando o aumento do nível do emprego aos beneficiários do programa:

No tocante à notória existência de vagas ociosas, dessumiu ser lícito concluir que uma das razões seriam as dificuldades financeiras das famílias em arcar com o alto custo das mensalidades escolares. Salientou ser a pobreza crônica, a perpassar diversas gerações e atingir contingente considerável de famílias do país, fruto da falta de oportunidades educacionais, o que levaria, por conseguinte, a certa inconsistência na mobilidade social. A soma desses fatores carac-

terizar-se-ia como ciclo cumulativo de desvantagens competitivas — elemento de bloqueio socioeconômico a confinar milhões de brasileiros a viver eternamente na pobreza. Entendeu que o Prouni seria suave tentativa de mitigar essa cruel condição e que investir pontualmente, ainda que de forma gradativa — mas sempre com o intuito de abrir oportunidades educacionais a segmentos sociais mais amplos, que historicamente não a tiveram —, constituiria objetivo governamental constitucionalmente válido. Asseverou que o importante seria a interrupção do mencionado ciclo de exclusão para esses grupos sociais desafortunados e a forma de proporcionar mobilidade social estaria no investimento no nível de escolaridade da população, com facilidades no acesso e na permanência no ensino superior. Demonstrou, com base em dados estatísticos, que o nível de emprego teria aumentado de forma significativa dentre aqueles que integraram o referido programa, com efetiva melhoria da renda familiar, a enfraquecer o argumento de vulneração constitucional da isonomia. O Prouni estaria inserido em conceito mais amplo de ação afirmativa, em face da natureza elitista e excludente do sistema educacional brasileiro. Não vislumbrou, ainda, ofensa ao princípio da autonomia universitária (CF, artigo 207) em qualquer de seus aspectos, ao confirmá-lo na voluntariedade da adesão ao programa, inclusive com prazo de vigência. (BRASIL, 2012c)

A improcedência da ADI nº 3.330 significa vitória importante para os mais de um milhão de estudantes brasileiros que se beneficiam/beneficiaram do Programa.

Importante decisão em favor da constitucionalidade das ações afirmativas também ocorreu na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, proposta pelo partido político Democratas (DEM), em face dos arguidos Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE), Reitor da Universidade de Brasília e Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESPE/UNB).

A ADPF nº 186 visa à declaração da inconstitucionalidade de atos da UNB para seleção de candidatos para ingresso na universidade com utilização do critério racial, por meio do qual foram reservadas 20% das vagas a candidatos negros (sistema de cotas fixas), alegando-se a ofensa aos artigos 1º, *caput*, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II, XXXIII, XLI, LIV, 37, *caput*, 205, 206, *caput*, I, 207, *caput*, e 208, V, da Constituição Federal de 1988, fundamentando-se a inicial no

argumento que as políticas de ações afirmativas da UNB se apresentam como “racismo institucionalizado”.²²⁸

O Relator da referida ADPF, Ministro Ricardo Lewandowski, destacou a discussão das ações afirmativas no Judiciário ao convocar audiência pública em ambos os processos.

A audiência pública se realizou entre os dias 03 e 05 de março de 2010, com a participação de pessoas com experiência e autoridade em matéria de ações afirmativas no ensino superior favoráveis e contrárias às mesmas.²²⁹

A fim de corroborar tudo o que foi dito ao longo desta obra, destaca-se a manifestação de Flávia Piovesan, naquela oportunidade:

Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a Lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério sócio-econômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios).

Se, para a concepção formal de igualdade, esta é tomada como pressuposto, como um dado e um ponto de partida abstrato, para a concepção material de igualdade, esta é tomada como um resultado ao qual se pretende chegar, tendo como ponto de partida a visibilidade às diferenças.

Ressalta-se, assim, o caráter bidimensional da justiça: redistribuição somada ao reconhecimento de identidades. O direito à redistribuição requer medidas de enfrentamento da injustiça econômica, da marginalização e da desigualdade econômica, por meio da transformação nas estruturas sócio-econômicas e da adoção de uma política de redistribuição. De igual modo, o direito ao reconhecimento re-

228 A procuradora da arguente é a autora Roberta Fragoso Meneses Kauffman e a construção argumentativa da petição inicial é a mesma utilizada na obra da autora citada neste trabalho.

229 Vários deles tratados nesta obra. Algumas manifestações da audiência pública foram disponibilizadas no site do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>>). As manifestações são favoráveis e contrárias, de forma a enriquecer substancialmente o debate sobre as ações afirmativas, necessitando trabalho próprio somente destinado à sua análise.

quer medidas de enfrentamento da injustiça cultural, dos preconceitos e dos padrões discriminatórios, por meio da transformação cultural e da adoção de uma política de reconhecimento. É à luz desta política de reconhecimento que se pretende avançar na reavaliação positiva de identidades discriminadas, negadas e desprezadas; na desconstrução de estereótipos e preconceitos; e na valorização da diversidade cultural.

Sob a perspectiva dos direitos humanos, as ações afirmativas em prol da população afro-descendente surgem tanto como um instrumento capaz de enfrentar a injustiça social e econômica (traduzindo o direito à redistribuição), como também como um instrumento capaz de enfrentar a injustiça cultural (traduzindo o direito ao reconhecimento). (PIOVESAN, 2010)

A ADPF nº 186 foi julgada improcedente pela maioria absoluta do Tribunal Pleno no dia 26 de abril de 2012 – data que marcará o reconhecimento da constitucionalidade do sistema de cotas no ensino público brasileiro, em contramão ao conhecido mito da democracia racial.

Na decisão reconheceu-se a constitucionalidade da ação afirmativa de reserva de vagas em universidades públicas pelo critério étnico-racial, analisando a medida sob o prisma do aspecto dúplice do princípio da igualdade formal e material, concluindo o STF que a realização meramente formal da igualdade não se coaduna com o Estado Democrático de Direito. Na decisão fora seguido pelos demais ministros o voto do relator, segundo o qual:

É escusado dizer que o constituinte de 1988 – dada toda a evolução política, doutrinária e jurisprudencial pela qual passou esse conceito – não se restringiu apenas a proclamar solenemente, em palavras grandiloquentes, a igualdade de todos diante da Lei. À toda evidência, não se ateve ele, simplesmente, a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, levando em consideração – é claro – a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais, além de atentar, de modo especial, para a desigualdade ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais. Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de

cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estas certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. (BRASIL, 2012e)

É de se ressaltar, como visto quando se definiu a igualdade na presente obra, que a realização da justiça distributiva, como pressuposto do referido princípio é fundamental para a efetividade da democracia, o que também fora reconhecido na histórica decisão:

No que interessa ao presente debate, a aplicação do princípio da igualdade, sob a ótica justiça distributiva, considera a posição relativa dos grupos sociais entre si. Mas, convém registrar, ao levar em conta a inelutável realidade da estratificação social, não se restringe a focar a categoria dos brancos, negros e pardos. Ela consiste em uma técnica de distribuição de justiça, que, em última análise, objetiva promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados, especialmente daqueles que, historicamente, foram compelidos a viver na periferia da sociedade. (BRASIL, 2012e)

Sedimentando os princípios de hermenêutica constitucional de unidade da Constituição, bem como de interpretação sistêmica da mesma, segundo os quais a interpretação constitucional não deve se dar de forma a considerar seus dispositivos isoladamente, em dissonância com os demais princípios constitucionais e desconsiderando-se os objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito, o STF interpretou o direito à educação sob a óptica da igualdade, afastando-se a simples análise da capacidade de mérito dos candidatos como único ponto a ser analisado para se aferir vaga no ensino superior, sob o risco de se manter elitizado o ensino público brasileiro, uma vez que tais processos seletivos não seriam sensíveis à realidade social brasileira, marcada pela desigualdade, sendo negada à parcela significativa da sociedade a fruição do direito à educação superior.

A Constituição Federal preceitua, em seu artigo 206, I, III e IV, que o acesso ao ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: “*igualdade de condições para acesso e permanência na escola*”; “*pluralismo de ideias*”; e “*gestão democrática do ensino público*”. Regis-

tro, por outro lado, que a Carta Magna, em seu artigo 208, V, consigna que o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística será efetivado “*segundo a capacidade de cada um*”. Vê-se, pois, que a Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que estabelece a igualdade de acesso, o pluralismo de ideias e a gestão democrática como princípios norteadores do ensino, também acolhe a meritocracia como parâmetro para a promoção aos seus níveis mais elevados. Tais dispositivos, bem interpretados, mostram que o constituinte buscou temperar o rigor da aferição do mérito dos candidatos que pretendem acesso à universidade com o princípio da igualdade material que permeia todo o Texto Magno. Afigura-se evidente, de resto, que o mérito dos concorrentes que se encontram em situação de desvantagem com relação a outros, em virtude de suas condições sociais, não pode ser aferido segundo uma ótica puramente linear, tendo em conta a necessidade de observar-se o citado princípio. Com efeito, tendo em conta a diversidade dos atores e interesses envolvidos, o debate sobre os critérios de admissão não se resume a uma única ótica, devendo ser travado sob diversas perspectivas, eis que são distintos os objetivos das políticas antidiscriminatórias.²³⁰ (BRASIL, 2012e)

230 Prossegue o relator em seu voto: “Na presente ação, o que se questiona, basicamente, é a metodologia de reserva de vagas, empregada para superar a desigualdade étnico-racial ou social dos candidatos à universidade pública, em especial os fundamentos sobre os quais ela se assenta. Ora, as políticas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnicoraciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros. Elas devem, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro, desconsiderando-se os interesses contingentes e efêmeros que envolvem o debate. Não raro a discussão que aqui se trava é reduzida à defesa de critérios objetivos de seleção – pretensamente isonômicos e imparciais –, desprezando-se completamente as distorções que eles podem acarretar quando aplicados sem os necessários temperamentos. De fato, critérios ditos objetivos de seleção, empregados de forma linear em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdades interpessoais profundas, como é a nossa, acabam por consolidar ou, até mesmo, acirrar as distorções existentes. Os principais espaços de poder político e social mantêm-se, então, inacessíveis aos grupos marginalizados, ensejando a reprodução e perpetuação de uma mesma elite dirigente. Essa situação afigura-se ainda mais grave quando tal concentração de privilégios afeta a distribuição de recursos públicos. Como é

Também fora utilizado como fundamento para reconhecimento da constitucionalidade da reserva de vagas os benefícios à comunidade acadêmica e à educação brasileira com a realização do pluralismo – fundamento da República Federativa do Brasil previsto no artigo 1º da Constituição.

O rechaçamento do conceito genético de raça também ganhou destaque na decisão, que adotou o conceito histórico-cultural para reconhecimento do “racismo” no Brasil. Sendo assim, fora igualmente reconhecida na decisão a legitimidade da discriminação positiva, com o objetivo de propiciar a inclusão social das vítimas de práticas discriminatórias ilícitas:

Cumprir afastar, para os fins dessa discussão, o conceito biológico de raça para enfrentar a discriminação social baseada nesse critério, porquanto se trata de um conceito histórico-cultural, artificialmente construído, para justificar a discriminação ou, até mesmo, a dominação exercida por alguns indivíduos sobre certos grupos sociais, maliciosamente reputados inferiores. Ora, tal como os constituintes de 1988 qualificaram de inafiançável o crime de racismo, com o escopo de impedir a *discriminação negativa* de determinados grupos de pessoas, partindo do conceito de raça, não como fato biológico, mas enquanto categoria histórico-social, assim também é possível empregar essa mesma lógica para autorizar a utilização, pelo Estado, da *discriminação positiva* com vistas a estimular a inclusão social de grupos tradicionalmente excluídos. [...] Outro aspecto da questão consiste em que os programas de ação afirmativa tomam como ponto de partida a consciência de raça existente nas sociedades com o escopo final de eliminá-la. Em outras palavras, a finalidade última desses programas é colocar um fim àquilo que foi seu termo inicial, ou seja, o sentimento subjetivo de pertencer a determinada raça ou de sofrer discriminação por integrá-la. Para as sociedades contemporâneas que passaram pela experiência da escravidão, repressão e preconceito, ensejadora de uma percepção depreciativa de raça com relação aos grupos tradicionalmente subjugados, a garantia jurídica de uma igualdade meramente formal sublima as diferenças entre as pessoas, contribuindo para perpetuar as desigualdades de fato existentes entre elas. Como é de conhecimento geral, o reduzido número de negros e pardos que exercem cargos ou funções de relevo

evidente, toda a seleção, em qualquer que seja a atividade humana, baseia-se em algum tipo de discriminação. A legitimidade dos critérios empregados, todavia, guarda estreita correspondência com os objetivos sociais que se busca atingir com eles” (BRASIL, 2012e).

em nossa sociedade, seja na esfera pública, seja na privada, resulta da discriminação histórica que as sucessivas gerações de pessoas pertencentes a esses grupos têm sofrido, ainda que na maior parte das vezes de forma camuflada ou implícita. Os programas de ação afirmativa em sociedades em que isso ocorre, entre as quais a nossa, são uma forma de compensar essa discriminação, culturalmente arraigada, não raro, praticada de forma inconsciente e à sombra de um Estado complacente. (BRASIL, 2012e)

É de se destacar que, diferentemente da fundamentação adotada na presente obra para justificação do cabimento e constitucionalidade das ações afirmativas na educação pública brasileira, o Supremo se utilizou também do argumento compensatório para tal reconhecimento.

Destacou-se também a formação de lideranças (exemplos) nos grupos discriminados como forma de ascensão social e valorização étnica de tais grupos:

Nessa mesma linha de raciocínio é possível destacar outro resultado importante no que concerne às políticas de ação afirmativa, qual seja: a criação de lideranças dentre esses grupos discriminados, capazes de lutar pela defesa de seus direitos, além de servirem como paradigmas de integração e ascensão social. Tais programas trazem, pois, como um bônus adicional a aceleração de uma mudança na atitude subjetiva dos integrantes desses grupos, aumentando a autoestima que prepara o terreno para a sua progressiva e plena integração social. Ainda sob essa ótica, há que se registrar uma drástica transformação na própria compreensão do conceito de justiça social, nos últimos tempos. Com efeito, para além das políticas meramente redistributivas surgem, agora, as políticas de reconhecimento e valorização de grupos étnicos e culturais. (BRASIL, 2012e)

Verificou-se também o poder de transformação cultural da sociedade historicamente discriminadora, por meio da convivência com os discriminados.

As ações afirmativas, portanto, encerram também um relevante papel simbólico. Uma criança negra que vê um negro ocupar um lugar de evidência na sociedade projeta-se naquela liderança e alarga o âmbito de possibilidades de seus planos de vida. Há, assim, importante componente psicológico multiplicador da inclusão social nessas políticas. A histórica discriminação dos negros e pardos, em contrapartida, revela igualmente um componente multiplicador,

mas às avessas, pois a sua convivência multissecular com a exclusão social gera a perpetuação de uma consciência de inferioridade e de conformidade com a falta de perspectiva, lançando milhares deles, sobretudo as gerações mais jovens, no trajeto sem volta da marginalidade social. Esse efeito, que resulta de uma avaliação eminentemente subjetiva da pretensa inferioridade dos integrantes desses grupos repercute tanto sobre aqueles que são marginalizados como naqueles que, consciente ou inconscientemente, contribuem para a sua exclusão. (BRASIL, 2012e)

Ressalta-se também a análise do caráter transitório das ações afirmativas, enquanto perdurarem as discriminações e desigualdades no âmbito social. Uma vez sanadas tais mazelas, desnecessária a continuidade de tais ações. Tal atributo das ações afirmativas foi verificado pela UNB, que estabeleceu prazo de 10 anos para verificação da necessidade de continuidade do programa, o que também favoreceu o reconhecimento da constitucionalidade do seu sistema de reserva de vagas:

É importante ressaltar a natureza transitória das políticas de ação afirmativa, já que as desigualdades entre negros e brancos não resultam, como é evidente, de uma desvalia natural ou genética, mas decorrem de uma acentuada inferioridade em que aqueles foram posicionados nos planos econômico, social e político em razão de séculos de dominação dos primeiros pelos segundos. Assim, na medida em que essas distorções históricas forem corrigidas e a representação dos negros e demais excluídos nas esferas públicas e privadas de poder atenda ao que se contém no princípio constitucional da isonomia, não haverá mais qualquer razão para a subsistência dos programas de reserva de vagas nas universidades públicas, pois o seu objetivo já terá sido alcançado. (BRASIL, 2012e)

Conferiu-se também às ações afirmativas a realização do objetivo constitucional de construção de uma sociedade justa e solidária, sendo citados os instrumentos normativos já utilizados para a reserva legal, demonstrando-se a compatibilidade dos mesmos com a Constituição.

A Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha frisou a necessidade de se tomar outras providências para que as ações afirmativas não sirvam como forma de reforço do preconceito, levando-se em consideração a argumentação de que os seus beneficiários poderiam ser vítimas de outras discriminações, por usufruírem de tais políticas.

O Ministro Joaquim Barbosa Gomes, fundamentando a constitucionalidade das ações afirmativas rebateu as críticas que lhes são feitas, afirmando o interesse dos antagonistas das ações em manutenção do *status quo*, qual seja elitização do ensino público brasileiro. Destacou ainda o ministro a potencialidade das ações afirmativas para combate à discriminação racial, tal como se apresenta na sociedade brasileira: o racismo velado, dissimulado, fantasiado de democracia racial, que somente perpetua a condição inferior dos negros brasileiros.

O jurista também salientou como consequência das ações afirmativas o desenvolvimento econômico, uma vez que este não se coaduna com a existência de exclusão social de parte significativa da população.

O Ministro Gilmar Mendes, ao declarar em seu voto a constitucionalidade das ações afirmativas no sistema de reserva de vagas, entretanto, reconheceu a necessidade de revisão do parâmetro puramente racial para seleção dos beneficiários afirmando ter-se criado na UNB um “tribunal racial”, destituído de transparência, em lembrança ao caso dos gêmeos idênticos em que um fora admitido como negro e o outro não.

O Supremo Tribunal Federal, seguindo as decisões proferidas na ADI nº 3.330 e na ADPF nº 186, no dia 09 de maio de 2012, também reconheceu a constitucionalidade das ações afirmativas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRS, no Recurso Extraordinário nº 597.285, utilizando, com exceção do Ministro Marco Aurélio, pois, na UFRS, além das cotas para negros, há também a reserva de vagas para estudantes oriundos de escolas públicas, e o referido ministro não reconhece a necessidade de critério diferenciado para admissão destes, argumentação da qual discorda-se na presente obra, tendo em vista a necessidade das ações afirmativas no ensino superior público brasileiro tanto por critérios raciais, como por critérios sociais e, tendo em vista, que os alunos que estudam nas escolas públicas do Brasil não se colocam em relação de igualdade com aqueles que frequentam as instituições particulares, em razão de sua já sabida péssima qualidade.

O julgamento dos processos acima citados é de suma importância para a questão das ações afirmativas no Brasil e determinaram a continuidade de tais ações, o que afetou de forma direta o princípio da igualdade bem como a sua interpretação constitucional.²³¹

231 “Assim, não consideramos haver de se exigir do judiciário um papel preponderantemente ativo no estabelecimento de maior igualdade substancial na sociedade brasileira. O que há de se exigir fundamentalmente é que este poder controle as leis elaboradas pelo legislativo de forma a compreender com clareza o conceito de igualdade não tão aberto colocado por nossa Constituição [...]” (GODOI, 1999, p. 172).

Também tramitava perante o STF a ADI nº 3.197, no qual a COFENEN pedia a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 4.151/03 do Estado do Rio de Janeiro, alegando a violação do princípio da proporcionalidade, bem como os artigos 5º, *caput*, 19, III; 206, I e 208, V da CF, por beneficiar a referida lei os candidatos negros, alunos oriundos de escolas públicas situadas no Estado do Rio de Janeiro, portadores de deficiência e pertencentes a minorias étnicas (todos eles comprovadamente carentes).

A autora (VIEIRA, 2006) alegava a discriminação dos alunos brancos pobres, alunos oriundos de escolas particulares e os alunos pobres pardos (desconsiderando a autora que o conceito de negros abrange os pretos e pardos). A COFENEN também fundamentava seu pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei em tela tendo em vista a afronta ao artigo 5º da CF, bem como ofensa aos princípios do mérito e da proporcionalidade. Ressaltava na petição inicial:

Vale dizer, portanto, que se o Constituinte de 1988 quisesse entender esse mesmo *discrímen* ao ingresso do aluno deficiente na universidade, ele o teria feito no próprio texto da Constituição, na parte relativa à Educação (Título VIII, Capítulo III, Seção I). Se quisesse criar distinção com base na *cor* ou na *etnia* do candidato ao vestibular, teria da mesma maneira assim disposto, excepcionando, no caso, os *princípios da isonomia e da proibição de discriminação*. E se pretendesse também privilegiar alunos da *rede pública* de ensino em detrimento daqueles oriundos do *ensino particular*, o legislador constituinte teria incluído na Carta Magna norma com esse alcance. (CARNEIRO *et al.*, 2004)

A argumentação utilizada baseava-se em aspectos fundamentais do Positivismo, quais sejam, de que somente a lei escrita possui validade no Direito, desconsiderando a autora a possibilidade de interpretação da norma constitucional segundo os princípios nela contidos. Pretender que a Constituição da República preveja todas as situações possíveis no mundo dos fatos se mostra, no mínimo, ingênuo. Em face de tal impossibilidade é que a doutrina jurídica evoluiu no sentido de reconhecimento da normatividade dos princípios, de forma a solucionar os casos difíceis que se apresentam.²³²

A ação foi julgada prejudicada pelo Supremo Tribunal Federal, por perda superveniente do seu objeto, em face da revogação da Lei 4.151/2003.

232A evolução do tratamento jurídico dado aos princípios foi tratada no tópico 2.1.

Capítulo 7: Cotas para negros em concursos públicos: análise da Lei nº 12.990/2014 sob a óptica do direito à igualdade

As cotas para negros nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 12.990, de 09 de junho de 2014, foi recepcionada com muito alarde pela sociedade brasileira e pelo próprio Poder Público, diante da negativa de grande parte da população em se assumir como racista, bem como da incompreensão por outra grande parte acerca da dimensão real do direito à igualdade, o que é fomentado pela mídia nacional contrária à políticas sociais com este viés, pois, possibilita ascensão social, derrocando o elitismo tacanho e abalando as estruturas do status quo.

Embora seja de fácil constatação visual a disparidade racial na ocupação de cargos públicos, sobretudo se considerados aqueles que exigem um maior grau de instrução, bem como a comprovação de títulos, ou seja, quanto maior a remuneração do cargo, menor o percentual de ocupação por negros. Analisaram-se dados estatísticos comprobatórios dos efeitos da discriminação racial da sociedade brasileira verificando-se a composição segundo a cor dos referidos postos de trabalho. Os resultados impressionam, principalmente, os constantes do censo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2013, no âmbito do Judiciário.

Inicialmente, verificou-se o contexto de aprovação da Lei nº 12.990/2014, bem como o seu conteúdo. Em seguida, analisaram-se os reflexos do racismo brasileiro na ocupação de cargos públicos, mediante a utilização de dados obtidos por censos realizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), bem como a legitimidade da política pública introduzida pelo novo texto legislativo.

7.1 Lei nº 12.990, de 09 de junho de 2014: contextualização e análise normativa

No dia 10 de junho de 2014, entrou em vigor a Lei 12.990, que reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos

para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. A referida Lei é resultado da aprovação do Projeto de Lei nº 6.738/2013, apresentado pelo Executivo, por meio da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR) e da Presidência da República, à Câmara dos Deputados, em novembro de 2013. A rápida aprovação do projeto de lei se deu em razão da sua tramitação em regime de urgência, em conformidade com o disposto no artigo 64 da Constituição da República²³³.

A Lei 12.990/2014 integra o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (SINAPIR) previsto no artigo 47 do Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), que articula e implementa políticas para superação das desigualdades raciais, no âmbito do Poder Público federal.

O objetivo da nova lei é proporcionar aos negros acessibilidade aos cargos e empregos públicos no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública federal, mediante a reserva de percentual das vagas ofertadas em concursos públicos, desde que o número de vagas oferecidas for igual ou superior a 3 (três)²³⁴, que deverão constar expressamente dos seus editais, em conformidade com o artigo 1º da Lei 12.990/14.

233 Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados.

§ 1º - O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa.

§ 2º Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

§ 3º - A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados far-se-á no prazo de dez dias, observado quanto ao mais o disposto no parágrafo anterior.

§ 4º - Os prazos do § 2º não correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional, nem se aplicam aos projetos de código.

234 O artigo 1º, §2º, da Lei 12.990/14 dispõe sobre o arredondamento do número de vagas reservadas aos candidatos negros, caso do percentual resulte um número fracionado: Art. 1º, §2º: Na hipótese de quantitativo fracionado para o número de vagas reservadas a candidatos negros, esse será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que 0,5 (cinco décimos), ou diminuído para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (cinco décimos).

Deve-se ressaltar que a lei, ao tratar dos cargos efetivos no âmbito da Administração Pública Federal abrange o Executivo, Legislativo e Judiciário²³⁵, ou seja, qualquer cargo ou emprego público federal provido por concurso público, incluindo-se os magistrados e membros do Ministério Público. Dessa forma, excluem-se os agentes políticos, agentes honoríficos e os cargos em comissão e funções de confiança, de livre nomeação e exoneração.

O critério utilizado para os beneficiários da reserva de vagas é o de auto-declaração como preto ou pardo, no ato da inscrição, conforme o quesito cor ou raça utilizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), sendo o candidato eliminado do concurso, se constatada a falsidade de sua declaração, caso ainda não tenha sido nomeado. Se já houver sido nomeado, poderá ocorrer a anulação da admissão ao cargo ou emprego público. Em qualquer hipótese, a verificação da falsidade ocorrerá mediante procedimento administrativo, assegurando-se ao candidato o contraditório e a ampla defesa, em conformidade com o artigo 5º, LV, da Constituição da República (BRASIL, 2014). Em se considerando que o novel texto normativo, em seu artigo 2º, parágrafo único, não exclui outras sanções cabíveis, na hipótese de declaração falsa, a conduta pode ser tipificada como falsidade ideológica, prevista no artigo 299 do Código Penal²³⁶.

A sistemática de concorrência e preenchimento das vagas vem disposta nos artigos 3º e 4º da Lei, in verbis:

Art. 3o Os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso.

§ 1o Os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não serão computados para efeito do preenchimento das vagas reservadas.

§ 2o Em caso de desistência de candidato negro aprovado em vaga reservada, a vaga será preenchida pelo candidato negro posteriormente classificado.

235 Aqui nos utilizamos da classificação elaborada por Celso Antônio Bandeira de Mello de “Servidores titulares de cargos públicos na Administração Direta (anteriormente denominados funcionários públicos), nas autarquias e fundações de Direito Público da União, (...) assim como no Poder Judiciário e na esfera administrativa do Legislativo”.

236 Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

§ 3o Na hipótese de não haver número de candidatos negros aprovados suficiente para ocupar as vagas reservadas, as vagas remanescentes serão revertidas para a ampla concorrência e serão preenchidas pelos demais candidatos aprovados, observada a ordem de classificação.

Art. 4o A nomeação dos candidatos aprovados respeitará os critérios de alternância e proporcionalidade, que consideram a relação entre o número de vagas total e o número de vagas reservadas a candidatos com deficiência e a candidatos negros.

No artigo 5º, a norma atribui à Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR) a responsabilidade pelo acompanhamento e avaliação anual do disposto nesta lei, mediante o monitoramento constante da eficácia das ações ali previstas. Nesta competência, portanto, está englobado o dever de fiscalização da correta execução das políticas previstas no texto normativo pelos órgãos e entidades da Administração Pública federal, bem como a análise da correspondência entre a autodeclaração de cor dos candidatos e a realidade, e, ainda, se as medidas ali adotadas estão atingindo seus objetivos. Além da execução e resultados das cotas para negros nos concursos públicos, deverá a Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR) emitir e divulgar os relatórios periódicos, em observância ao princípio da publicidade e ao dever de transparência da Administração Pública.

Ao final, no artigo 6º, há a previsão do período de vigência da lei pelo prazo de 10 anos, o que decorre do caráter temporário das ações afirmativas, pois, uma vez atingido o objetivo de proporcionalidade entre negros e brancos no serviço público federal, não mais será necessária a continuidade dessas.

Contextualizado e conhecido o novo texto normativo, se faz necessário o debate acerca da sua consonância com o direito à igualdade.

7.2 Cotas para negros em concursos públicos e o direito à igualdade

A concepção de igualdade utilizada nesta obra, no Capítulo 2, se amparou na teoria dworkiana, que se funda na igualdade de distribuição dos recursos, mediante o tratamento dos indivíduos com igual consideração e respeito, e na teoria inclusivista habermasiana, que concebe a possibilidade igualitária de participação nos discursos políticos como meio de se incluir as minorias.

Neste sentido, a Constituição da República de 1988, além da igualdade formal prevista no caput do artigo 5º, assegura, diante dos objetivos da República

Federativa do Brasil previstos no artigo 3º, a atuação política e jurídica no sentido de efetivação da igualdade substancial. Assim, as ações afirmativas se compatibilizam com o direito à igualdade, pois, proporcionam uma distribuição equânime dos recursos públicos, bem como, por meio da criação de órgãos governamentais destinados à elaboração e implementação de políticas inclusivas possibilitariam, em tese, a participação nos discursos políticos.

Contudo, não foi de maneira pacífica a aceitação das políticas de ações afirmativas raciais, inicialmente, na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e na Universidade de Brasília (UnB), bem como por meio do Programa Universidade para Todos (PROUNI), cuja constitucionalidade foi levada à discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da ação direta de inconstitucionalidade nº 3.330 (questionamento da constitucionalidade da medida provisória nº 213/2004, que instituiu o Programa Universidade para Todos (PROUNI), da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 186 (questionou o descumprimento de dispositivos constitucionais, dentre eles, artigo 3º e 5º, por atos normativos da Universidade de Brasília (UnB) que instituíram a utilização do critério racial para seleção dos candidatos ao processo seletivo de ingresso) e do recurso extraordinário de nº 597.285 (questionamento da constitucionalidade de ações afirmativas instituídas na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRS), estudadas no capítulo anterior, entendendo o Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade das políticas afirmativas, em todas as ações acima mencionadas.

Fundamentados na análise dos impactos da Lei nº 12.711/12 nos dois primeiros anos de vigência, tendo em vista os editais para ingresso em universidades públicas federais, o Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa (GEMAA) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) apontou os seguintes resultados:

Além de detectarmos uma ampliação na oferta de vagas nessas instituições da ordem de 34%, testemunhamos um incremento muito forte do total de vagas destinadas a pretos, pardos e indígenas, que teve entre os anos de 2012 e 2013 um aumento de 176%. A expansão do número total de vagas, por sua vez, impediu que o número destinado à ampla concorrência diminuísse em decorrência do incremento das cotas para os grupos beneficiados pela lei. Pelo contrário, as vagas para a ampla concorrência tiveram um aumento de 17,5% na ocasião. Além disso, estudantes brancos de escolas públicas e baixa renda, que já eram beneficiários de políticas de ação afirmativa, obtiveram um incremento de 29,5% da oferta de vagas sob o regime de cotas. (DAFLON, 2014). O levantamento acima aponta perspectivas inclusivas de forma a realizar

o objetivo de proporcionalidade da população negra com ensino superior concluído de forma equiparada à população branca, extirpando-se as desigualdades raciais relativas ao acesso à educação no Brasil. O aumento do número de pessoas negras com formação superior far-se-á sentir no mercado de trabalho²³⁷ e, conse-

237 A análise dos indicadores norte-americanos que apresentam o impacto das ações afirmativas no mercado de trabalho apresenta resultados benéficos, mas, muito aquém do esperado no que diz respeito à proporção do exercício de profissões de maior prestígio social por brancos e negros. Essa análise consta do *Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil 2009-2010*, elaborado pelo Laboratório de Análises Econômicas, Históricas, Sociais e Estatísticas das Relações Raciais (LAESER) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ): “Outro indicador eloquente diz respeito ao peso relativo dos afrodescendentes norte-americanos em algumas profissões que exigem diploma de nível superior, tal como ocorria no ano de 1950 e no ano de 2000. Em meados dos anos 1950, os afrodescendentes norte-americanos correspondiam a 0,7% dos arquitetos, 1,0% dos engenheiros civis, 1,4% dos matemáticos, 1,1% dos químicos, 2,1% dos físicos, 2,7% dos dentistas, 1,1% dos economistas, e 1,0% dos advogados. Nas carreiras como as de engenheiro elétrico, engenheiro industrial, engenheiro mecânico e engenheiro químico, a presença negra era quase traço estatístico. Em algumas profissões como engenheiro aeroespacial, de materiais e metalúrgico, engenharia do petróleo, astrônomos, psicólogos, nem traço estatístico os negros eram, pois dos dados disponíveis há a indicação de que seriam 0%. Passados cinquenta anos, os negros norte-americanos perfaziam 3,1% dos arquitetos, 3,2 dos engenheiros aeroespaciais, 3% dos engenheiros de materiais e metalúrgicos, 3,4% dos engenheiros do petróleo, 4,4% dos engenheiros químicos, 3,6% dos engenheiros civis, 4,8% dos engenheiros elétricos, 4,0% dos engenheiros industriais e mecânicos, 6,5% dos matemáticos, 1,7% dos astrônomos, 6,2% dos químicos, 4,6% dos físicos, 3,4% dos dentistas, 4,6% dos economistas, 3,5% dos psicólogos e 3,8% dos advogados. De qualquer maneira, se é bem verdade que esta mudança de perfil é reflexo de décadas de árduas lutas dos negros pelo reconhecimento dos seus direitos civis e políticos, por outro lado, é inequívoco que em todas as profissões assinaladas o peso relativo dos afrodescendentes norte-americanos naquelas carreiras ainda seguia um tanto aquém da sua participação na população como um todo. Tais indicadores revelam, destarte, que, naquele país, no que tange ao acesso dos negros às oportunidades e direitos sociais, muito já se trilhou. Mas também que muito ainda há de ser trilhado no sentido da plena superação dos efeitos negativos do racismo sobre as populações afrodescendentes dos EUA. ” (PAIXÃO, 2010, p. 229). Ademais, os resultados da experiência norte-americana nos permitem afirmar que, ainda que se proporcione igual acesso na educação superior, não significa que, necessariamente, no mercado de trabalho, em todas as profissões será observada a proporcionalidade racial da população brasileira – o que não quer dizer que o direito à igualdade não foi observado, uma vez que o direito fundamental à educação foi disponibilizado a todos.

quentemente, na distribuição dos cargos e empregos públicos. Contudo, por ora, o que se observa é a desigualdade racial se refletindo também na proporcionalidade de ocupação desses cargos e empregos.

Assim, para que se fundamente a legitimidade das ações afirmativas instituídas pela Lei nº 12.990/2014, é necessário analisar dados estatísticos da composição étnica populacional dos ocupantes dos cargos e empregos públicos.

Marcelo Paixão (2010) realizou uma análise da dinâmica do mercado de trabalho relativamente às desigualdades raciais, mediante a verificação de dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Segundo os dados coletados, no ano de 2006, dos empregados públicos, estatutários e militares, 57,8% eram brancos (24,7% homens e 33,1% mulheres) e 41,4% eram negros (sendo 19,5% homens e 21,9% mulheres).

A pesquisa mais recente, divulgada na revista Tempo e Curso - TEC, na qual foi analisado o perfil da população economicamente ativa das 6 maiores regiões metropolitanas do Brasil cobertas pela pesquisa mensal de emprego (PME) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, quais sejam, Recife (PE), Salvador (BA), Belo Horizonte (MG), São Paulo (SP), Rio de Janeiro (RJ) e Porto Alegre (RS), durante o primeiro trimestre de 2014, apresentou as seguintes informações: dos empregados com carteira no setor público, ou seja, dos empregados públicos, 58,9% são brancos, enquanto 40,8% são negros; dos servidores públicos e militares, 57,8% são brancos, enquanto 41,2% são negros. (SABOIA, 2014, p. 15).

Assim, dentre os agentes públicos mencionados de 2006 a 2014, ou seja, mesmo após a implementação de políticas de ação afirmativa no ensino superior, tem-se que a diferença entre brancos e negros na ocupação de empregos e cargos públicos supera 15%.

É necessário destacar que a análise dos indicadores sociais, por si só, não expressa todas as questões que envolvem as assimetrias raciais no âmbito da Administração Pública. Isso porque os indicadores não revelam o nível de escolaridade exigido pelos cargos ocupados pelos negros e pelos brancos.

Contudo, a frequência diária a entidades e órgãos públicos permite verificar que há extrema desigualdade racial, no que tange à existência ínfima de negros ocupando cargos e empregos públicos que exijam maior escolaridade e titulação.

No meio acadêmico e jurídico, é patente a desproporcionalidade entre brancos e negros que ocupem cargos na magistratura, Ministério Público, advocacia pública, defensoria pública, delegados e professores, dentre outros²³⁸.

238 E não se pense aqui tratar essas afirmações de *doxa*, ou seja, de opiniões da autora destituídas de viés científico, pois, os fatos sociais nem sempre são numeri-

No Censo realizado em 2013 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)²³⁹, quando foram entrevistados 64% dos magistrados e 60% dos servidores públicos do Judiciário brasileiro, os dados revelam o abismo racial entre os ocupantes desses cargos públicos.

Na magistratura nacional, 82,8% dos juízes são brancos e 15,6% são negros. Nos Tribunais Superiores, a discrepância é maior: dentre os ministros, 89,9% brancos e 8,9% negros.

A composição dos servidores públicos do Judiciário se apresenta, em 2013, da seguinte forma: 29,1% são negros, enquanto 70,9% são brancos.

Diante da desigualdade entre o número de ocupantes de cargos e empregos públicos por negros e brancos tem-se que são legítimas as cotas para negros no serviço público, sendo a política afirmativa introduzida pela Lei nº 12.990/2014 em consonância com o direito à igualdade, pois, está apta a minimizar os efeitos da tradicional discriminação racial praticada na sociedade brasileira.

Ressalte-se, ainda, que a norma supramencionada observou, em seu artigo 6º, a temporariedade das ações afirmativas, o que também se constitui como atributo de sua legitimidade.

A preocupação deve ser outra, além da disponibilidade de direitos, qual seja, trabalhar a educação inclusivista com o objetivo de uma mudança cultural racista. O que ora se afirma é que as ações afirmativas que assegurem direitos e bens não obterão a plenitude do êxito, se permanecer no imaginário populacional uma mentalidade excludente e discriminatória. Assim, a discriminação racial somente sobe um patamar relativamente ao grau de instrução. Não é isso que se pretende. O que se deseja é uma mudança estrutural, psicológica, cultural incutida em nossa sociedade que acredita na inferioridade de um ser humano em virtude da cor da sua pele. É isso o que precisa mudar.

camente comprovados. Ademais, destaca-se que, intencionalmente, ou não, não há o interesse em se comprovar tais constatações, em razão do reflexo elitista e patrimonialista no âmbito do serviço público brasileiro. A manutenção do *status quo* elitizado vem travestida da exigência de comprovação da experiência profissional de três anos, introduzida no artigo 93, I, da Constituição da República pela emenda constitucional nº 45/2004. O nível de dificuldade dos aludidos concursos é incompatível com a conciliação com uma jornada de trabalho de 08 horas diárias e o tempo necessário de estudo. Assim, tem-se que os aprovados, em vários casos, dedicam-se integralmente ao estudo para a aprovação em concursos públicos, e obtêm a comprovação do exercício profissional de forma inidônea.

239 BRASIL. Censo do Poder Judiciário: VIDE – Vetores Iniciais e Dados Estatísticos. *Conselho Nacional de Justiça*, Brasília, DF, 2014. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/censo-do-poder-judiciario>>. Acesso em: 24 de jul. 2014.

Capítulo: 8 Conclusão

A concepção atual do princípio da igualdade, pautada pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, que reconhece a normatividade dos princípios, não se contenta com o seu mero reconhecimento formal, sendo necessário que o Estado e a sociedade, de forma conjunta, envidem todos os esforços para a materialização da igualdade, assegurando-se a todos os indivíduos o direito de participar da vida política da sociedade. Para tanto, deve-se levar em consideração que a igualdade democrática não tem caráter homogeneizante, mas é um direito fundamental que impõe o dever de respeito e consideração pelas diferenças dos indivíduos, em virtude do pluralismo e da complexidade da sociedade contemporânea.

Neste contexto, não pode o Estado permanecer de braços cruzados diante da persistência da discriminação racial no Brasil. Tentar camuflar tal mazela social afirmando-se que em nosso País o preconceito se volta contra os pobres, mas não contra os negros, se mostra utópico ou como uma tentativa de se mascarar uma realidade evidente. A discriminação racial se faz sentir mesmo por quem não é negro, quando, por exemplo, em um curso de Pós-Graduação, há um ou nenhum professor negro, assim como é composto o corpo discente.

E é esta discriminação na Educação a forma mais preocupante do preconceito racial, uma vez que a formação acadêmica e cultural é determinante na formação da elite intelectual de um país. E, uma vez não representado, um grupo social se verá tolhido da participação democrática, bem como a ele não serão dirigidas políticas, o que impedirá sua ascensão social.

Apresenta-se neste trabalho como solução para as desigualdades raciais que se praticam na Educação a adoção de ações afirmativas, como forma de inserção do negro nos mais diversos setores sociais, bem como de se aumentar a representatividade dessa população, que atualmente constitui maioria populacional no País, e dirigir-lhes o respeito e consideração que lhe são devidos.

A recente aprovação da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, o Estatuto da Igualdade Racial, se apresentou como possibilidade de efetivação da igualdade preconizada na argumentação aqui desenvolvida, sendo imprescindível para tanto a fiscalização de toda sociedade. Embora tenha sido aprovado com a ausência de previsões importantes acerca das ações afirmativas, como por exemplo, a adoção das mesmas no ensino superior, o Estatuto se apresenta como importante instrumento para combate da desigualdade racial e a possibilidade de abolição (desta vez definitiva) da discriminação contra os negros que ocorre em nosso País.

A forma como o mesmo será aplicado e a fiscalização de tal aplicação serão determinantes para essa mudança estrutural na sociedade brasileira, alcançando êxito quando extirpado o racismo das nossas relações sociais.

Na Educação, levando-se em consideração a realidade brasileira, qual seja, má qualidade do ensino público, impossibilidade de ascensão social da população carente, além das discriminações que sofrem negros, indígenas e deficientes físicos, as cotas flexíveis se apresentam como mecanismo propício a inserir essa população historicamente excluída dos bancos universitários, propiciando o aumento da diversidade no ensino superior, o que se levou em consideração na Lei 12.711/2012, outro importante marco para a efetivação do princípio da igualdade no Brasil.

Portanto, tendo em vista a possibilidade de efetivação da igualdade pelas ações afirmativas, as mesmas se mostram em plena consonância com o texto constitucional, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 e no Recurso Extraordinário nº 597.285.

Dentre os recentes reconhecimentos de constitucionalidade das ações afirmativas, também é importante ressaltar aquele que versou sobre o ProUni, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.330, programa este que já se apresentou como importante instrumento de realização de justiça social, possibilitando o acesso de mais de um milhão de estudantes brasileiros ao ensino superior. Porém, o ProUni, por si só, não é capaz de realizar a igualdade racial que deve haver nas universidades, sendo necessária implantação célere das medidas previstas pela Lei 12.711/2012, que se mostram como instrumentos aptos para tanto e compatíveis com a Constituição Federal.

Igualmente importante apresenta-se o acompanhamento da aplicação da Lei 12.990/2014, observada sua temporariedade, até que se consiga alcançar a igualdade racial na ocupação dos cargos públicos.

Diferentemente do que vem sendo difundido pelos críticos das ações afirmativas, tais políticas não visam à criação de uma sociedade racialmente estratificada, o objetivo de tais políticas é a efetivação da sociedade fraterna, plural e sem preconceitos, que respeita as diferenças dos indivíduos, permitindo aos mesmos serem livres para realizar suas potencialidades.

Espera-se, portanto, que as políticas inclusivas sejam adotadas e executadas de forma a transformar a desigualdade de forma quantitativa, mediante a equiparação estatística, mas também qualitativa, o que requer uma mudança cultural de uma mentalidade racista que insiste em se perpetuar. As políticas inclusivas atendem ao objetivo constitucional de construção de uma sociedade livre e

justa, mas, a solidariedade não é algo que se impõe, decorre de um sentimento de fraternidade. O sentir ou é natural ou é aprendido. Vivemos em uma sociedade em que sentir repugnância pelo outro em razão da cor da sua pele é natural, pois, repassada por diversas gerações. Conclama-se, então, uma mudança de consciência, um apre(e)nder o sentimento de respeito, o abandono de preconceitos e a vivência da solidariedade²⁴⁰.

240 José Adércio Leite Sampaio (2013, p. 111): “Perder a capacidade do sonho é deixar-se absorver na dureza da rotina e no anonimato dos desesperançados. Deixar de inconformar-se e de lutar por seus sonhos é tornar-se nulo, uma pedra, um farelo no horizonte grávido de possibilidades. É escolher entre o rebaixamento de nossa condição de homem à máquina ou o suicídio e a morte antecipada do espírito ao fenecimento do corpo. Tanto mais grave será a situação, quanto mais essa escolha for coletiva. Haverá não apenas o desaparecimento da autonomia individual, mas um verdadeiro estado de servidão”.

Referências

- ACAYABA, Cíntia; REIS, Thiago. Colégios ignoram lei que obriga ensino da cultura afro. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 27 out. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u460795.shtml>>. Acesso em: 05 jan. 2008.
- AGUALUSA, José Eduardo. *O vendedor de passados*. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de los Estudios Constitucionales, 1993.
- ALMEIDA, Alberto Carlos. *A cabeça do brasileiro*. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- AMAPÁ. Assembleia Legislativa do Estado do Amapá. Lei nº 1.022, de 30 de junho de 2006. Dispõe sobre a reserva de vagas aos vestibulandos indígenas na Universidade Estadual do Amapá. Disponível em: <<http://www.al.ap.gov.br/PL028A06.htm>>. Acesso em: 09 dez. 2008.
- AMAPÁ. Assembleia Legislativa do Estado do Amapá. Lei nº 1.023, de 30 de junho de 2006. Institui o Sistema Especial de Reserva de Vagas para estudantes egressos de escolas públicas nas instituições estaduais de educação superior e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.ap.gov.br/PL024A06.htm>>. Acesso em: 09 dez. 2008.
- AMAPÁ. Secretaria de Estado da Comunicação Social. Sancionada Lei de cotas para afrodescendente na UEAP. Dispõe sobre a reserva de vagas aos vestibulandos indígenas na Universidade Estadual do Amapá. Amapá: Governo do Estado do Amapá, 2008. 18 set. 2008. Disponível em: <<http://www4.ap.gov.br/jsp/noticias/news.jsp?ref=6619&cdtDay=2008-09-18>>. Acesso em: 09 dez. 2008.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril, 1984.
- ARISTÓTELES. *Política*. Tradução Therezinha Monteiro Deutsch Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 2000. (Os Pensadores).
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luis Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.) *Crise e desafios da constituição*: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 469-508.
- BARROS, Louise Menegaz. Um olhar crítico sobre o *ius gentium*. *Revista Ele-*

- trônica de Direito Internacional*. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/artigos/Louise%20Barros%20Geral.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação Afirmativa e os princípios do direito: a questão das quotas raciais para o ingresso no ensino superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BÍBLIA SAGRADA. *Gálatas*. São Paulo: Ave Maria, 1999.
- BÍBLIA SAGRADA. *Mateus*. São Paulo: Ave Maria, 1999.
- BIRIUKOVITCH V.; LEVITSKI I. A Idade Média. In: PINSKY, Jaime. *O modo de produção feudal*. São Paulo: Brasiliense, 1979.
- BLAINEY, Geoffrey. *Uma breve história do mundo*. São Paulo: Fundamento, 2008.
- BLOCH, Léon. *As lutas sociais na Roma Antiga*. 2. ed. Lisboa: Publicações Europa-America, 1974. (Coleção Saber)
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Ed. Universidade, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. Brasília: OAB Ed., 2004.
- BRASIL. Censo do Poder Judiciário: VIDE – Vetores Iniciais e Dados Estatísticos. Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/censo-do-poder-judiciario>>. Acesso em: 24 de jul. 2014.
- BRASIL. Projeto de Lei nº 6.738/2013. Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 07 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=600255>>. Acesso em: 03 jul. 2014.
- BRASIL. Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940). Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para assuntos jurídicos, Brasília, DF, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 03 jul. 2014.
- BRASIL. Congresso Nacional. Medida Provisória nº 213, de 10 de setembro de 2004. Institui o Programa Universidade para Todos – PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_ato2004-2006/2004/mpv/213.htm>. Acesso em: 06 jan. 2009.
- BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei nº 6.264/2005. Disponível em:

- <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/359794.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2008.
- BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei nº 73, C/1999. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/prop_lista.asp?fMode=1&btnPesquisar=OK&Ano=1999&Numero=73%20&sigla=PL>. Acesso em: 05 jan. 2009.
- BRASIL. Congresso Nacional. Substitutivo Projeto de Lei nº 6.264/2005. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=420344>. Acesso em: 05 jan. 2009.
- BRASIL. Ministério da Cultura. Fundação Cultural Palmares. Certidões atualizadas. Disponível em: <<http://www.palmares.gov.br/>>. Acesso em: 27 jul. 2010.
- BRASIL. Ministério da Educação. Bolsistas por raça: representações gráficas. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/prouni/arquivos/pdf/Representacoes_graficas/bolsistas_por_raca.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2009.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Decreto nº 65.810, de 08 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/racial.htm>>. Acesso em: 24 dez. 2008.
- BRASIL. Presidência da República. Código Civil (2002). *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 set. 2008.
- BRASIL. Presidência da República. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 11 ago. 2008.
- BRASIL. Presidência da República. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 11 ago. 2008.
- BRASIL. Presidência da República. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 11 ago. 2008.
- BRASIL. Presidência da República. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 11 ago. 2008.
- BRASIL. Presidência da República. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 11 ago. 2008.
- BRASIL. Presidência da República. Constituição (1967). *Constituição da Repú-*

- blica Federativa do Brasil*, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 11 ago. 2008.
- BRASIL. Presidência da República. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 ago. 2008.
- BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm>. Acesso em: 23 dez. 2008.
- BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 4.228, de 13 de maio de 2002. Institui, no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4228.htm>. Acesso em: 24 dez. 2008.
- BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4887.htm>. Acesso em: 27 jul. 2010.
- BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 5.493, de 18 de julho de 2005*. Regulamenta o disposto na Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5773compilado.htm>. Acesso em: 09 dez. 2008.
- BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 5.773, de 09 de maio de 2006. Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5773compilado.htm>. Acesso em: 09 dez. 2008.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.639, de 09 de janeiro de 2003. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira”, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.639.htm>. Acesso em: 29 set. 2008.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.678, de 23 de maio de 2003. Cria a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, e dá outras providências. Disponível em: <[220](http://www.pla-</p></div><div data-bbox=)

- nalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.678.htm>. Acesso em: 13 out. 2008.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Institui o Programa Universidade para Todos – PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior; altera a Lei nº 10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_ato2004-2006/2005/Lei/L11096.htm>. Acesso em: 06 jan. 2009.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 11.645, de 10 de março de 2008. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, modificada pela Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11645.htm>. Acesso em: 22 out. 2008.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade racial; altera as Leis nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989; 9.029, de 13 de abril de 1995; 7.347, de 24 de julho de 1985 e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm>. Acesso em: 21 jul. 2010.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 12.990, de 09 de junho de 2014. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília, DF, 09 jun. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm>. Acesso em: 03 jul. 2014.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm>. Acesso em: 27 out. 2008.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7853.htm>. Acesso em: 29 set. 2008.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das

- autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 29 set. 2008.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 29 set. 2008.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm>. Acesso em: 29 set. 2008.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm>. Acesso em: 21 out. 2012.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12711.htm>. Acesso em: 03 fev. 2013.
- BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. CONFERÊNCIA NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS, 11. *Democracia, Desenvolvimento e Direitos Humanos: Superando as desigualdades*. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sedh/11cndh/caderno.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2009.
- BRASIL. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial – SEPPIR. Cota para negros em universidade pública é bem aceita, indica pesquisa. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/seppir/noticias/ultimas_noticias/pesquisa_cotas_pucrj/>. Acesso em: 10 out. 2008.
- BRASIL. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial – SEPPIR. Formandos cotistas da UnB são homenageados em evento da universidade. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/seppir/noticias/ultimas_noticias/cotas_unb_set08/>. Acesso em: 10 out. 2008.
- BRASIL. Senado Federal. Tramitação de matérias (proposições). Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=58268>. Acesso em: 20 out. 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A igualdade consiste em tratar-se desigualmente os desiguais. MS 26690. Rel. Ministro Eros Grau. Publicação 19 dez. 2008. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(MS\\$.SCLA.%20E%2026690.NUME.\)%20OU%20](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(MS$.SCLA.%20E%2026690.NUME.)%20OU%20)>

- (MS.ACMS.%20ADJ2%2026690.ACMS.)&base=baseAcordaos>. Acesso em: 14 jan. 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acompanhamento Processual. Brasília, 2008b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3197&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 15 jan. 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691269>>. Acesso em: 29 jul. 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF*, Brasília, n. 500, 31 mar./04 abr. 2008a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo500.htm>>. Acesso em: 15 jan. 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF*, Brasília, n. 663, 23 abr./27 abr. 2012b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo663.htm#Pol%C3%ADticas%20de%20a%C3%A7%C3%A3o%20afirmativa%20e%20reserva%20de%20vagas%20em%20universidades%20p%C3%BAblicas%20-%201>>. Acesso em: 27 maio 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF*, Brasília, n. 664, 30 abr./04 maio 2012c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo664.htm#ADI%20e%20Prouni%20-%204>>. Acesso em: 27 maio 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF*, Brasília, n. 665, 07/11 maio 2012d. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo665.htm#Constitucionalidade da reserva de vagas nas universidades públicas – 1](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo665.htm#Constitucionalidade%20da%20reserva%20de%20vagas%20nas%20universidades%20p%C3%BAblicas%20-%201)>. Acesso em: 27 maio 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Íntegra do voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF sobre cotas. *Notícias STF*, 25 abr. 2012e. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=205890&caixaBusca=N>>. Acesso em: 27 maio 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.330/DF. Rel. Min. Ayres Britto. Publicada em 03 maio 2012. 2012a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2251887>>. Acesso em: 27 maio 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Recurso Extraordinário nº 477.554/MG. Rel. Min. Celso de Mello. Publicada em 26.08.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2376061>>. Acesso em: 27 maio 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 597.285. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2662983>>. Acesso em: 27 maio 2012.

- BROWN, James. Say it loud: I'm Black and I'm Proud. *In: Say it loud: I'm Black and I'm Proud*. Los Angeles: Vox Studios, 1968.
- BROWN, Pam; SCHOREDT, Valerie. *Martin Luther King*. São Paulo: Globo, 1988. (Personagens que Mudaram o Mundo. Os Grandes Humanistas).
- CANAL FUTURA. *Heróis de todo mundo*. 2008. Fundação Roberto Marinho. Disponível em: <<http://www.acordacultura.org.br/main.asp?View={02CAA8BA-22D5-4D9F-928E-7BE0A9F1B2A4}>>. Acesso em: 13 set. 2008.
- CARDOSO, Claudete Batista. *Efeitos da política de cotas na Universidade de Brasília: uma análise do rendimento e da evasão*. 2008. 134 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008.
- CARNEIRO, João Geraldo Piquet *et al.* Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.197. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=181709&tipo=TP&descricao=ADI%2F3197>>. Acesso em: 06 jan. 2009.
- CARNEIRO, Sueli. Estratégias legais para promover a justiça social. *In: GUIMARÃES, Antônio Sérgio A.; HUNTLEY, Lynn. Tirando a máscara: ensaio sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ determina reserva de vagas para deficientes ao cargo de juiz. 08 out. 2008. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5174:cnj-determina-reserva-de-vagas-para-deficientes-ao-cargo-de-juiz-&catid=1:notas&Itemid=675>. Acesso em: 23 dez. 2008.
- CONTINS, Márcia. Estratégia de combate à discriminação racial no contexto da educação universitária no Rio de Janeiro. *In: PAIVA, Ângela Randolpho. Org. Ação afirmativa na universidade: reflexão sobre experiências concretas Brasil-Estados Unidos*. Rio de Janeiro:Ed. PUC-Rio, Desiderata, 2004. p. 109-148.
- CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. Supreme Court Collection. Plessy v. Ferguson (nº210). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0163_0537_ZS.html>. Acesso em: 25 ago. 2008.
- CORVISIER, André. *História moderna*. Tradução Rolando Roque da Silva e Carmen Olívia de Castro Amaral. São Paulo: DIFEL, 1980.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Hermenêutica jurídica e(m) debate. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. cap.7, p. 195-248.
- DAFLON, Verônica Toste; FERES JÚNIOR, João; MORATELLI, Gabriela. Levantamento das políticas de ação afirmativa 2014: evolução temporal e impacto da Lei nº 12.711 sobre as universidades federais. Rio de Janeiro: (IES-P-UERJ), n. 4, 2014, pp. 1-10. Disponível em: <<http://gemaa.iesp.uerj.br/institucional/noticias-e-eventos/item/97-evolucao-temporal.html>>. Acesso em: 03 jul. 2014.
- DIÈNE, Doudou. Racismo, discriminação racial, xenofobia e todas as formas de discriminação. In: *Comissão de Direitos Humanos: sexagésima segunda sessão*. Brasil: PNUD, 2005.
- DURANT, Will. A história da filosofia. Tradução Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000. (Os Pensadores)
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição*. Tradução Marcelo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Broges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005b.
- ELEIÇÕES 2008: veja os 55 vereadores eleitos em São Paulo. *G1*, São Paulo, 06 out. 2008. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Eleicoes2008/0,,MUL786744-15693,00.html>>. Acesso em: 20 out. 2008.
- FIND LAW. Dred Scott v. Sandford 60 U.S 393 (1856). 2008. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=60&invol=393>>. Acesso em: 25 ago. 2008.
- FISCHBERG, Josy. Bolsistas do ProUni começam a se formar; 56 mil receberão diplomas universitários. *O Globo*, Rio de Janeiro, 24 dez. 2008. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/educacao/mat/2008/12/24/bolsistas-do-prouni-comecam-se-formar-56-mil-receberao-diplomas-universitarios-587677158.asp>>. Acesso em: 26 jan. 2009.
- FOHLEN, Claude. *América anglo-saxônica: de 1815 até a atualidade*. Tradução João Pedro Mendes. São Paulo: Pioneira; USP, 1981.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Ações afirmativas e isenções tributárias. jun. 2003. Disponível em: <<http://www2.correioweb.com.br/cw/EDI->

- CAO_20030623/sup_dej_230603_3.htm>. Acesso em: 13 set. 2008.
- FREIRE, Nilcéa. A experiência da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) na implantação de cotas para ingresso na universidade. In: PAIVA, Ângela Randolpho (Org.). *Ação afirmativa na universidade: reflexão sobre experiências concretas Brasil-Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, Desiderata, 2004.
- GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. cap. 3, p. 47-64.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999.
- GÓIS, Antônio. Brasileiros veem cota como essencial e humilhante, revela Datafolha. *Folha S.Paulo*, São Paulo, 23 nov. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u470649.shtml>>. Acesso em: 03 dez. 2008.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GOMES, Joaquim Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: LOBATO, Fátima; SANTOS, Renato Emerson dos (Org.). *Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003a.
- GOMES, Joaquim Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. 2003b. Disponível em: <<http://lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0049.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.
- HEERS, Jacques. *História Medieval*. Tradução Tereza Aline Pereira de Queiroz. São Paulo: DIFEL, 1977.
- HOBBSAWM, Eric J. *A revolução francesa*. Tradução Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. (Coleção Leitura).
- HOBBSAWM, Eric J. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Síntese de Indicadores Sociais 2006. Rio de Janeiro: IBGE, 2006. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicais2006/indic_sociais2006.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2008.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Síntese de Indicadores Sociais 2008. Rio de Janeiro: IBGE, 2008. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicais2008/indic_sociais2008.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2009.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Síntese de Indicadores Sociais 2009. Rio de Janeiro: IBGE, 2009. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicais2009/default_tab.shtm>. Acesso em: 25 jul. 2010.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Síntese de Indicadores Sociais 2010. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicais2010/SIS_2010.pdf>. Acesso em: 23 maio 2012.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. PNAD 2007: primeiras análises. Educação Juventude Raça/Cor. v.4. Brasília: IPEA, 2008. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/comunicado_presidencia/Comunicado_%20da_%20presidencia12.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2009.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Políticas Sociais – Acompanhamento e Análise*, Brasília, v. 19, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/politicas_sociais/bps_19_completo.pdf>. Acesso em: 23 maio 2012.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Retrato das desigualdades*. 2. ed. Brasília: IPEA, 2006. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/estudospesq/RD2006.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2009.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. Notas médias do Enem por Município e por Escolas dos alunos concluintes do Ensino Médio em 1997. Brasília: Inep, 2007. Disponível em: <<http://mediasenem.inep.gov.br/resultado.php>>. Acesso em: 15 jan. 2009.
- INTERAGENCIAL saúde da população negra: uma questão de equidade, Brasília, 2001. Brasília: Organização Pan-Americana de Saúde, 2008. Disponível em: <http://www.opas.org.br/coletiva/UploadArq/Sa%C3%BAdade_da_Popula%C3%A7%C3%A3o_Negra_-_subs%C3%ADdios_para_debate.pdf>

>. Acesso em: 22 out. 2008.

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

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?: uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LABORATÓRIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. Universidades com Ações Afirmativas. [200-]. Disponível em: <<http://www.politicasdacor.net/>>. Acesso em: 03 dez. 2008.

LOBATO, Fátima; SANTOS, Renato Emerson dos (Org.) *Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução Magna Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. (Coleção Clássicos do Pensamento Político).

MAGALHAES, José Luiz Quadros. *Direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. v. 1, t. I, 414 p.

MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009.

MARGOLIS, Mac. Cotas e cultura: ações afirmativas em tempos de dúvida. In: PAIVA, Ângela Randolpho (Org.). *Ação afirmativa na universidade: reflexão sobre experiências concretas Brasil-Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, Desiderata, 2004. p. 45-51.

MARTINS, Ives Gandra da Silva *et al.* Petição Inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.330. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estf-visualizador/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?jsessionid=B33D18A8A31C6D609FE22EE8BA444FC5.jboss0>>. Acesso em: 06 jan. 2009.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista*. Tradução Maria Arsênio da Silva. São Paulo: CHED, 1980.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. 30 ed.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A igualdade e as ações afirmativas. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 158-163, jan./jun. 2003.

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

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. Lei nº 15.055, de 24 de março de 2004. Declara de utilidade pública a Associação Nacional de As-

- sistência Judiciária Rede SOS Racismo, com sede no Município de Belo Horizonte. Disponível em: <http://hera.almg.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=NJMG&f=G&l=20&n=&p=1&r=1&u=http://www.almg.gov.br/njmg/chama_pesquisa.asp&SECT1=IMAGE&SECT2=THESOFF&SECT3=PLUROFF&SECT6=HITIMG&SECT7=LINKON&SECT8=DIRINJMG&SECT9=TODODOC&co1=E&co2=E&co3=E&s1=&s2=15055&s3=2004&s4=>>. Acesso em: 05 jan. 2009.
- MINAS GERAIS. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AC 1999.38.00.036330-8/MG. Rel. Selene Maria de Almeida, 19 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br/>>. Acesso em: 23 out. 2008.
- MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Nova Cultural, 2000. v. 1. (Os Pensadores).
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. (Coleção Temas Jurídicos, 3).
- MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: Omni, 2006.
- NASCIMENTO, Márcio Augusto. Reserva de cotas para negros. *Escola da Magistratura Federal do Paraná*, 19 maio 2007. Disponível em: <<http://www.apajufe.com.br/artigos/negros.htm>>. Acesso em: 23 dez. 2008.
- NETTO, Menelick de Carvalho. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, 1997.
- NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Forum, 2011.
- NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Argumentação jurídica e decisionismo: um ensaio de teoria da interpretação jurídica enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição*: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 521-543.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- OMMATI, José Emílio Medauar. *A igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção Internacio-

- nal Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. 2008. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/doc_cs.php>. Acesso em: 13 set. 2008.
- ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE – OPAS. Programa DAS Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. *Política Nacional de Saúde da População Negra: uma questão de equidade*. Workshop.
- ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). Doença Falciforme. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.opas.org.br/prevencao/temas.cfm?id=69&area=Conceito>>. Acesso em: 22 out. 2008.
- PAIS, Marco Antônio de Oliveira. *O despertar da Europa: a Baixa Idade Média*. 4. ed. São Paulo: Atual, 1992.
- PAIVA, Ângela Randolpho (Org.). *Ação afirmativa na universidade: reflexão sobre experiências concretas Brasil-Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; Desiderata, 2004.
- PAIXÃO, Marcelo; CARVANO, Luiz M. (Org.). *Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil: 2007-2008*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008. Disponível em: <http://observatoriodamulher.org.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=128&Itemid=48>. Acesso em: 18 nov. 2008.
- PAIXÃO, Marcelo. Desigualdades na Dinâmica do Mercado de Trabalho Brasileiro no Período 1995-2006: evidências empíricas baseadas na PNAD/IBGE. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <www.laeser.ie.ufrj.br/PT/Estudos%20e%20Pesquisas/Desigualdades_mercado%20trabalho.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2014.
- PAIXÃO, Marcelo; et al. Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil 2009-2010: Constituição cidadã, seguridade social e seus efeitos sobre as assimetrias de cor ou raça. Rio de Janeiro: Garamond, 2010. Disponível em: <http://www.laeser.ie.ufrj.br/PT/Paginas/relatorio_2009_2010.aspx>. Acesso em: 03 jul. 2014.
- PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Artigos 205 e 206. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PERRY, Marvin. *Civilização Ocidental: uma história concisa*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- PETIT, Paul. *História antiga*. 4. ed. São Paulo: DIFEL, 1979.
- PINSKY, Jaime. *100 textos de História Antiga*. São Paulo: HUCITEC, 1972.
- PIOVESAN, Flávia. A compatibilidade das cotas raciais com a ordem internacional e com a ordem constitucional brasileira. In: *Audiência Pública: cotas para afro-descendentes nas universidades – ADPF 186 e Recurso Extraordinário 597.285/RS*. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/porta/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>>. Acesso em: 29 jul. 2010.

- PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos Direitos Humanos. Cadernos de pesquisa. São Paulo, v.35, n. 124, p. 43-55, jan/abr. 2005.
- PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- PLATÃO. *A República*. Tradução Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2000. (Os Pensadores).
- PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Alunos do ProUni têm bom desempenho. *Jornal PUC Minas*, ano 19, fev. 2006. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/jornal/materia.php?codigo=210&clateral=1&cabecalho=1&menu=926>>. Acesso em: 06 jan. 2009.
- PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. *Padrão PUC Minas de normalização*: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte: PUC Minas, 2008. Disponível em <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: 20 jan. 2009.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO – PNUD. *Relatório de Desenvolvimento Humano*: 2007/2008. Combater as alterações climáticas: solidariedade humana num mundo dividido. PNUD, 2007. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh/rdh20072008/hdr_20072008_pt_complete.pdf>. Acesso em: 29 set. 2008.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO – PNUD. *Relatório de Desenvolvimento Humano*: 2011. Sustentabilidade e equidade: um futuro melhor para todos. PNUD: New York, 2011. Disponível em: < http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2011_PT_Complete.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2013.
- REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. História da Filosofia: Patrística e Escolástica São Paulo: Paulus, 2003. v. 2. (Coleção História da Filosofia).
- REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- RIBEIRO, Darcy. O povo brasileiro: evolução e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- RICHARDS, Jeffrey. Sexo, desvio e danação: as minorias na Idade Média. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.
- RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Lei nº 3.708, de 09 de novembro de 2001. Institui cota de até 40% (quarenta por cento) para as populações negra e parda no acesso à Universidade do Estado do Rio de Janeiro e à Universidade Estadual do Norte Fluminense, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>>. Acesso em: 11 dez. 2008.
- RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Lei nº 4.151, de 04 de setembro de 2003. Institui nova disciplina sobre o sistema de cotas para ingresso nas universidades públicas estaduais e dá outras

- providências. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/e50b5bf653e6040983256d-9c00606969?OpenDocument>>. Acesso em: 11 dez. 2008.
- RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Lei nº 5.074, de 17 de julho de 2007. Altera a Lei nº 4.151, de 04 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/59b59003123eb2c08325733a006eb097?OpenDocument>>. Acesso em: 11 dez. 2008.
- RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Lei nº 5.346, de 11 de dezembro de 2008. Dispõe sobre o novo sistema de cotas para ingresso nas universidades estaduais e dá outras providências. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contLei.nsf/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/1b96527e90c0548083257520005c15df?OpenDocument>>. Acesso em: 01 mar. 2013.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *GENESIS – Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, p. 649-664, jul./set. 1996.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Cidadania e Constituição: as cores da revolução constitucional do cidadão. Belo Horizonte, 1999.
- SABOIA, João; et al. Tempo em Curso. Ano VI, vol. 6, nº 6, jun. 2014. Disponível em: <www.laeser.ie.ufrj.br/PT/tempo%20em%20curso/TEC%202014-06.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2014.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- SANTOS, Hélio. Uma avaliação dos combates às discriminações raciais no Brasil. In: GUIMARÃES, Antônio Sérgio A.; HUNTLEY, Lynn. *Tirando a máscara: ensaio sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- SANTOS, Renato Emerson dos. Política de Cotas Raciais nas Universidades Brasileiras- o Caso da UERJ. In: FERES JÚNIOR, João; ZONINSEIN, Jonas (Org.). *Ação afirmativa e Universidade*. Brasília: Ed. UnB, 2006. p. 110-135.
- SANTOS, Sales Augusto dos. Ação afirmativa e mérito individual. In: LOBATO, Fátima; SANTOS, Renato Emerson dos (Org.). *Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.
- SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social: pós-modernidade constitucional?: In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 375-414.

- SCHMIDT, Mario Furley. *Nova história crítica do Brasil: 500 anos de história malcontada*. São Paulo: Nova Geração, 1997.
- SCHUWARCZ, Lilia Moritz. Nem preto nem branco, muito pelo contrário: cor e raça na intimidade. In: SCHUWARCZ, Lilia Moritz. *A história da vida privada no Brasil: contrastes da intimidade contemporânea*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 607-630, 2003. Disponível em: <<http://www.geocities.com/cesariopereira/dh/principios.doc>> Acesso em: 15 abr. 2008.
- SILVA, Maria Palmira da. Identidade racial brasileira. In: SANTOS, Gevanilda; SILVA, Maria Palmira da (Org.) *Racismo no Brasil: percepções da discriminação e do preconceito racial do século XXI*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2005.
- THE NATIONAL CENTER FOR PUBLIC POLICY RESEARCH. *Civil Rights: Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954). Washington D.C, 2002. Disponível em: <<http://www.nationalcenter.org/brown.html>>. Acesso em: 25 ago. 2008.
- TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MINAS GERAIS. Estatística TSE. Eleições 2008. Disponível em: <http://www.tre-mg.gov.br/eleicoes/eleicoes_2008/eleicoes2008x.htm>. Acesso em: 26 jan. 2009.
- TV da Gente. Wikipedia. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/TV_da_Gente>. Acesso em: 20 out. 2008.
- UNITED STATES OF AMERICA – USA. Civil Rights Act (1964). Civil Rights Act. Our Documents. Disponível em: <<http://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=true&doc=97&page=transcript>>. Acesso em: 18 ago. 2008.
- UNITED STATES OF AMERICA – USA. Executive Order 10.925 (1961). The University of Michigan. Disponível em: <<http://www.lib.umich.edu/govdocs/jfkeo/eo/10925.htm>>. Acesso em: 19 ago. 2008.
- UNITED STATES OF AMERICA – USA. Executive Order 11.246 (1965). U.S. Equal Employment Opportunity Commission. EEOC. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/abouteeoc/35th/thelaw/eo-11246.html>>. Acesso em: 25 ago. 2008.
- UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB. Centro de Seleção de Promoção e Eventos – CESPE. 1º Vestibular 2009. Edital nº 3- 1º – vest. 2009, de 21 e outubro de 2008. 2008c. Disponível em: <http://www.cespe.unb.br/vestibular/1VEST2009/arquivos/ED_3_2008_1_VEST_2009_ABT_FINAL_FORM.PDF>. Acesso em: 16 dez. 2008.
- UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB. Igualdade racial. 2008. Disponível em: <<http://www.igualdaderacial.unb.br/>>. Acesso em: 16 dez. 2008.
- UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB. Sistema de cotas para negros. 2008b.

- Disponível em: <http://www.unb.br/admissao/sistema_cotas/index.php>. Acesso em: 16 dez. 2008.
- UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB. UnB em números. Atualizado em 04 set. 2008. 2008d. Disponível em: <<http://www.unb.br/numeros/vestibular.php>>. Acesso em: 17 dez. 2008.
- UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – UERJ. Anexo 3. Instruções específicas para os candidatos às vagas do sistema de cotas. 2008a. Disponível em: <https://www.vestibular.uerj.br/vest2009/files/Anexo_3_ED.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2008.
- UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – UERJ. Como ingressar. Vestibular. 2008b. Disponível em: <<http://www.uerj.br/modulos/kernel/index.php?pagina=915>>. Acesso em: 15 dez. 2008.
- UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – UERJ. DataUERJ. 2008d. Disponível em: <<http://www2.datauerj.uerj.br/>>. Acesso em: 17 dez. 2008.
- UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – UERJ. Laboratório de Políticas Públicas. 2008e. Disponível em: <<http://www.lpp-uerj.net/olped/acoesafirmativas/sobrecanal.asp>>. Acesso em: 16 dez. 2008.
- UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – UERJ. Sobre a Universidade. 2008c. Disponível em: <<http://www.uerj.br/modulos/kernel/index.php?pagina=915>>. Acesso em: 11 dez. 2008.
- UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ. Procuradoria Geral da UFPA. Parecer nº 1156/2005/MCO-PG/UFPA. 08 set. 2005. Disponível em: <<http://www.ufpa.br/portallufpa/imprensa/noticia.php?cod=425>>. Acesso em: 10 dez. 2008.
- UNIVERSITY OF MICHIGAN LIBRARY. Documents Center. Executive Order 10.925. 2008. Disponível em: <<http://www.lib.umich.edu/govdocs/jfkeo/eo/10925.htm>> Acesso em: 19 ago. 2008.
- VEJA RECOMENDA. *Veja*, ed. 1972, 06 set. 2006. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/060906/veja_recomenda.html#lista>. Acesso em: 30 set. 2008.
- VEJA RECOMENDA. *Veja*, ed. 1973, 13 set. 2006. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/130906/veja_recomenda.html#lista>. Acesso em: 30 set. 2008.
- VEJA RECOMENDA. *Veja*, ed. 1974, 20 set. 2006. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/200906/veja_recomenda.html#lista>. Acesso em: 30 set. 2008.
- VEJA RECOMENDA. *Veja*, ed. 1975, 27 set. 2006. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/270906/veja_recomenda.html#lista>. Acesso em: 30 set. 2008.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: direito de família. 4. ed. São Paulo: Atlas,

2004.

VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de História de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 83-114.

VIEIRA, Oscar Villhena. *Direitos fundamentais*: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

WGBH Educational Foundation. Africans in America. Dred Scott Case: the Supreme Court Decision. PBS, 1998. Disponível em: <<http://www.pbs.org/wgbh/aia/part4/4h2933t.html>> Acesso em: 23 jul. 2008.

ZAKABI, Rosana; CAMARGO, Leoleli. Eles são gêmeos idênticos, mas, segundo a UnB, este é branco e... este é negro. *Vêja*, São Paulo, ed. 2011, p. 82-88, 06 jun. 2007.

