

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO
CAMPUS CARAZINHO

Gabriel Vitor de Oliveira

A POSSÍVEL (IN) CONSTITUCIONALIDADE DAS AÇÕES
AFIRMATIVAS FRENTE AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Carazinho
2012

Gabriel Vitor de Oliveira

A POSSÍVEL (IN) CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS
RACIAIS NO ACESSO AO ENSINO SUPERIOR FRENTE AO
PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, Campus Universitário de Carazinho, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação do Profº Me. Julio Cesar Giacomini.

Carazinho
2012

DEDICATÓRIA

A Deus por todas as coisas que me ajudou a
alcançar e por aquelas que ainda virão.
Aos meus pais Adélio e Mareli, pelo amor,
educação e pelos exemplos de vida transmitidos.
Aos meus irmãos Rafael e Priscila, pelo apoio e
carinho.
Aos fraternos amigos da Igreja Evangélica
Assembleia de Deus de Ronda Alta.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Prof^o Me. Julio César Giacomini, pela sua orientação, compreensão, disponibilidade e pelas palavras de ânimo e tranquilidade, as quais foram de extrema importância na elaboração do presente estudo.

“E não vos conformeis com este mundo, mas transformai-vos pela renovação do vosso entendimento (...)”.

Romanos cap. 12, vers. 2a

RESUMO

No Brasil, se discute a adoção de políticas públicas, as chamadas ações afirmativas, no ingresso de negros na área da educação por meio de cotas raciais. Tais políticas têm por escopo amortecer as discriminações sofridas no passado por pessoas de origem afro-descendente, com o intento de construir uma sociedade mais justa. As políticas afirmativas eclodiram em várias partes do mundo, mas foi nos Estados Unidos da América que se evidenciou a nomenclatura que é utilizada na atualidade. Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, passou a vigorar o Estado Democrático de Direito, o qual garantiu a todos os cidadãos residentes e aos estrangeiros o direito à igualdade, sem discriminação de origem, raça e cor. O princípio da igualdade tem como objetivo dirimir eventuais discriminações e tratamentos desiguais. Busca-se, nessa perspectiva, compreender a adoção de programas de ações afirmativas através de critérios raciais serem ou não constitucionais frente ao princípio isonômico elencado na Carta Maior. Este trabalho recorre, como método de abordagem hipotético-dedutivo, ao método estruturalista, ou seja, parte da investigação histórica das ações afirmativas, elevando-se ao estudo do princípio da igualdade, dispondo, ao final, analisar a aplicação de tais ações, de modo que estejam ou não compatíveis com a norma jurídica constitucional.

Palavras-Chave: Ações afirmativas. Cotas raciais. Discriminação positiva. Estado Democrático de Direito. Princípio da igualdade.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADPF: Arguição de descumprimento de preceito fundamental

N.: Número

ONU: Organização das Nações Unidas

PAS: Programa de Avaliação Seriada

PROUNI: Programa Universidade para Todos

SEPPIR: Secretaria Especial para Promoção de Políticas da Igualdade Racial

STF: Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 AÇÕES AFIRMATIVAS	10
1.1 Conceitos Doutrinários.....	10
1.2 As ações afirmativas na Índia.....	12
1.3 As ações afirmativas nos Estados Unidos da América.....	14
1.4 As ações afirmativas em outros países.....	19
1.5 A evolução histórica das ações afirmativas no Brasil.....	21
2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE	26
2.1 Concepção formal e material do princípio da igualdade.....	28
2.2 O princípio da igualdade e a Constituição de 1988.....	33
2.3 A igualdade <i>versus</i> discriminação.....	37
3 A POLÍTICA DE COTAS RACIAIS NO ACESSO ÀS UNIVERSIDADES PÚBLICAS	41
3.1 As cotas raciais nas universidades brasileiras.....	41
3.2 As argumentações jurisprudenciais quanto à reserva de cotas raciais nas instituições de ensino superior.....	43
3.3 A possível (in) constitucionalidade das cotas raciais nas universidades.....	47
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	59
ANEXOS	65

INTRODUÇÃO

O ser humano, independentemente da época em que tenha vivido, nem sempre presenciou uma sociedade com igualdade de condições entre seus cidadãos, ao contrário, por muito tempo observou várias formas de discriminação cometidas em desfavor das minorias e das pessoas menos favorecidas. Dessa forma, com a evolução da sociedade, foram surgindo políticas públicas com o objetivo de tentar corrigir as desigualdades e alcançar a igualdade material.

Conforme evoluíam as relações sociais, também avançava os métodos para se alcançar uma sociedade mais justa. Com isso, surgiram não apenas políticas públicas, mas também privadas, sendo então chamadas de ações afirmativas, as quais foram adotadas em vários países. Nesse passo, o Brasil já vem adotando tais ações nas universidades, pela adoção de cotas raciais, gerando, dessa forma, discussões no meio jurídico quanto à observância das normas constitucionais, ou seja, quanto à constitucionalidade de políticas públicas que privilegiam determinadas pessoas através da raça ou a cor da pele.

À luz do direito constitucional e doutrinária, busca-se compreender se determinadas discriminações ou tratamentos diferenciados a determinadas classes da sociedade ferem ou não o princípio da igualdade estabelecida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Observam-se, ainda, nos meios de comunicação, discussões a respeito da adoção de cotas raciais, em que universidades estão implementando critérios raciais para o ingresso no ensino superior público. Nesse diapasão, o tema tem despertado grande interesse por parte da comunidade jurídica, bem como por grupos afrodescendentes.

Nesse sentido, no primeiro capítulo é abordado o contexto histórico das ações afirmativas de modo geral, seu conceito, os primeiros países que a adotaram e a evolução histórica de tais políticas no Brasil. O segundo capítulo traz, mais especificamente, o princípio da igualdade, sendo abordado tal princípio e as concepções formal e material, bem como o princípio da igualdade na Constituição de 1988, e, por fim, a igualdade em relação à discriminação. Por derradeiro, no terceiro capítulo, são abordados os critérios adotados nas políticas de cotas raciais no acesso às universidades no Brasil, destacando aqueles que adotam o sistema de cotas raciais e as argumentações jurisprudenciais a tal respeito, concluindo-se

com a análise da possível (in)constitucionalidade das cotas raciais no Brasil.

A presente monografia, através de um método de abordagem hipotético-dedutivo, de técnica de pesquisa bibliográfica, pretende concluir a possível (in)constitucionalidade das políticas de cotas raciais frente ao princípio da igualdade, analisando, também, o posicionamento jurisprudencial dos Tribunais brasileiros.

1 AS AÇÕES AFIRMATIVAS

Neste capítulo serão abordados os conceitos doutrinários, a historicidade das ações afirmativas, os lugares de onde se iniciaram tais discussões, a forma encontrada para que sejam dirimidas as desigualdades enfrentadas pelos países que conseguiram a aplicação de tais ações.

1.1 Conceitos doutrinários

A concepção que se tem acerca das ações afirmativas sempre sofreu vários impasses e foi tema de muitas discussões no que concerne à sua legalidade em todo o mundo. São caracterizadas como o manto da igualdade.

Antes da existência das ações afirmativas, vários abusos eram cometidos contra pessoas menos favorecidas na sociedade, o que implicava inevitáveis conflitos sociais e constituição de classes discriminadas. Em virtude de tais problemas, foram abertos debates de cunho político, jurídico, social, econômico e até religioso.

As ações afirmativas, antes mesmo de ser-lhes dada tal denominação, eram consideradas por ter argumentos de justiça compensatória e de reparação, ou seja, uma justiça que compensava o sofrimento passado em virtude de pensamentos nada racionais.

Conforme destaca Cruz:

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, patogenicidade física/psicológica, etc¹.

¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 185.

As políticas de ações afirmativas referem-se a um conjunto de políticas públicas direcionado a grupos minoritários, com o objetivo de protegê-las, em razão de atos discriminatórios sofrido no passado. Tais ações visam amenizar as desigualdades encontradas na sociedade contemporânea, motivando, dessa forma, um acesso mais igualitário de determinadas pessoas às universidades, ou seja, visa oportunizar a determinados indivíduos considerados excluídos da sociedade o acesso a cargos de destaque².

Nesse sentido, Joaquin Barbosa, ao dissertar sobre o conceito de ações afirmativas, refere serem estas:

(...) um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego³.

As ações afirmativas também podem ser consideradas como:

Medidas públicas e/ou privadas, coercitivas ou voluntárias, implementadas com vista a promoção da inclusão social, jurídica e econômica de indivíduos ou grupos sociais/étnicos tradicionalmente discriminados por uma sociedade⁴.

Urge salientar que as ações afirmativas não apenas visam reparar discriminações do passado, mas têm por escopo endireitar as diferenças que surgem no decorrer do tempo⁵,

² OLIVEN, Arabela Campos. Ações afirmativas, relações raciais e política de cotas nas universidades: uma comparação entre os Estados Unidos e o Brasil. **Educação/Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS)**, v.30, n 1, p. 29-51, jan./abr. 2007. Disponível em: < <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/faced/article/viewFile/539/375> >. Acesso em: 03 set. 2011.

³ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 20, *apud* ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da igualdade e ações afirmativas**. 2. ed, rev. e ampl., São Paulo: RCS Editora, 2006, p. 161.

⁴ GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**. Estado democrático de direitos a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, *apud* CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 17.

⁵ SILVA, Selênia Gregory L. da. Ações afirmativas: um instrumento para a promoção da igualdade efetiva. Tese (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiás, 2010, p. 64. Disponível em: < http://www.redeacaoafirmativa.ceao.ufba.br/uploads/ucg_dissertacao_2010_SGLdaSilva.pdf >. Acesso em: 04 set. 2011.

favorecendo dessa forma a autoestima de grupos menos favorecidos, objetivando uma sociedade mais justa.

Tais ações visam promover a igualdade substancial, através de discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável e que sejam vítimas de discriminação e estigma social⁶, buscando, ainda, diminuir as desigualdades provocadas desde o processo de colonização até os dias atuais.

As mais variadas políticas que tem sido utilizadas em diversos países para estabelecer ações afirmativas, as quais são objeto de estudo na sequência do presente capítulo.

1.2 As ações afirmativas na Índia

As primeiras ações afirmativas tiveram origem histórica na Índia, na década de 40, quando o país ainda era colônia de britânicos. Os próprios colonizadores tinham uma lista geral de castas existentes na época, os quais eram representados como raça. Dentre as castas existentes, havia uma, a que era a mais desprezada, formada pelos *dalit*, também denominados de “intocáveis”. Os que pertenciam a esta casta eram considerados impuros, ou seja, eram os indivíduos excluídos da sociedade.

O primeiro sistema de cotas era para beneficiar os representantes de castas inferiores do parlamento, antes ocupado somente pelos considerados como pertencentes a castas superiores⁷. Dentre os beneficiários, estavam os *dalit*, fato que os fazia alcançar maior prestígio, o que até então não possuíam.

Na Índia do começo do século XX, ainda sob o domínio britânico, Bhimrao Ramji Ambedkar, jurista, economista e historiador, membro da casta “intocável” Mahar, defendia a instituição de “políticas públicas diferenciadas e constitucionalmente protegidas em favor da igualdade de todos os segmentos sociais”. Ferrenho combatente do sistema milenar de castas,

⁶ SILVA, Celso de Albuquerque. Ação afirmativa no âmbito do ensino superior uma análise do constitucionalismo e das políticas de cotas para o ingresso em universidades públicas. Revista de Direito do Estado. Ano 4, n. 13, jan/mar 2009, p.192.

⁷ FERREIRA, Daniela Sanchez Ita; CHICANATO, Dionisio de Jesus. Ações afirmativas e a política de cotas raciais dentro do sistema educacional brasileiro. **Revista @reópago** Jurídico, Ano 1, Edição n. 04, outubro/dezembro, 2008, p. 13-20. Disponível em: < <http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao4/a%C3%A7%C3%B5es%20afirmativas%20-%20dionisio-daniela.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2011.

Ambedkar propôs, em 1919, a representação eleitoral diferenciada dos segmentos populacionais considerados inferiores⁸.

Nesse embate, Ambedkar tinha um opositor chamado Mahatma Mohandas Gandhi, este lutava contra a colonização da Grã-Bretanha em seu país, tendo em vista que os ingleses por certo apoiariam a política de ações afirmativas. Mahatma Gandhi ameaçou se suicidar caso as medidas fossem aprovadas em benefício dos intocáveis. O sistema de ações afirmativas somente foi aprovado depois da independência da Índia com a Constituição de 1948, onde ficou estabelecida a proibição de discriminações através de raça, casta ou descendência. Nesse sentido, mesmo sendo adotado o princípio da igualdade, proibindo discriminações, foram adotadas sistemas de ações afirmativas em que os beneficiários eram a casta dos *dalit*, sendo instituída um sistema denominado de Reservas ou Representação Seletiva, proporcionando aos intocáveis representação nas assembleias legislativas, na administração pública e nas redes de ensino⁹.

Nesse diapasão, pode-se considerar que a Índia é o país mais antigo a adotar as políticas de ação afirmativa, que começaram a ser amplamente discutidas ainda sob o domínio colonial da Grã-Bretanha e depois foram ratificadas pela constituição de 1947, com o país já independente¹⁰.

No contexto indiano, quatro princípios de justificação das políticas de ação afirmativa podem ser identificados: 1) compensação, também chamada aqui de reparação, por injustiças cometidas no passado contra um determinado grupo social; 2) proteção dos segmentos mais fracos da comunidade – cláusula definida do artigo 46 da constituição indiana, que tinha a promoção dos *dalit* (intocáveis) como principal objetivo, mais tarde alargado para outros segmentos sociais minoritários; 3) igualdade proporcional – a ideia que as oportunidades de educação e emprego devem ser distribuídas em proporção ao tamanho relativo de cada grupo na sociedade total; e 4) justiça social, no qual o conceito de justiça distributiva se encaixa. De acordo com este princípio, a ação afirmativa se justifica simplesmente pela constatação da

⁸ ALENCAR, Rafael Augusto da Costa. **Ações afirmativas:** a luta dos negros brasileiros por reconhecimento jurídico. Revista *Habitus*: revista eletrônica dos alunos da graduação em Ciências Sociais- IFCS/UFRJ, Rio de Janeiro, v. 4, n.1, p. 16-28, 16 abr. 2007. Anual. Disponível em: < <http://www.ifcs.ufrj.br/~habitus/4acoesafirmativas.htm>>. Acesso em: 13 mai. 2011.

⁹ ALENCAR, Rafael Augusto da Costa. **Ações afirmativas:** a luta dos negros brasileiros por reconhecimento jurídico. Revista *Habitus*: revista eletrônica dos alunos da graduação em Ciências Sociais- IFCS/UFRJ, Rio de Janeiro, v. 4, n.1, p. 16-28, 16 abr. 2007. Anual. Disponível em: < <http://www.ifcs.ufrj.br/~habitus/4acoesafirmativas.htm>>. Acesso em: 13 mai. 2011. Grifo nosso.

¹⁰ FERES JÚNIOR, João. **Comparando justificações das políticas de ação afirmativa:** Estados Unidos e Brasil. *Estudos Afro-Asiáticos*, v. 29, 2007. Disponível em: < <http://www.ucam.edu.br/ceaa/ceaa/download/revista2007/2007%20-%20artigo%203%20Comparando%20justifica%C3%A7%C3%B5es%20das%20pl%C3%ADticas%20de%20a%C3%A7%C3%A3o%20afirmativa%20-%20EUA%20e%20Brasil%20-%20Jo%C3%A3o%20Feres%20J%C3%BAnior.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2011.

existência de desigualdades que são grupo-específicas, e, portanto, passíveis de se tornar objeto de políticas públicas¹¹.

As ações afirmativas na Índia são definidas em termos de cotas e reservas. As cotas, foram implementadas tanto para empregos no governo, bem como no setor público. A adoção das políticas de ações afirmativas não se estende as empresas privadas, e é muito pequena a exigência sobre o setor privado de qualquer legislação dessa natureza. Nesse sentido, as empresas subsidiárias de multinacionais instaladas na Índia tendem a adotar as práticas de recursos humanos do setor privado indiano, e não aqueles que prevalecem em outros países. Foi criada a *National SC and ST Finance Development Corporation*, para promover o desenvolvimento financeiro e a geração de oportunidades de trabalho para membros das castas e tribos menos favorecidas¹².

Os privilégios que as castas superiores tinham passou a sentido inverso, proporcionando uma igualdade social também àqueles pertencentes a castas inferiores, por meio da implementação de políticas de ações afirmativas.

1.3 As ações afirmativas nos Estados Unidos da América

A escravidão e as desigualdades raciais também fizeram parte da história dos Estados Unidos da América, deixando profundas marcas na sociedade norte-americana, como conflitos sociais entre brancos e negros, evidenciando uma verdadeira crise multirracial, chegando a ocorrer barbáries da violência.

Com o fim das práticas segregacionistas, sobrevieram fortes exigências de diversos grupos, tais como de negros e de mulheres, que se sentiam marginalizados ou discriminados

¹¹ FERES JÚNIOR, João. **Comparando justificações das políticas de ação afirmativa:** Estados Unidos e Brasil. *Estudos Afro-Asiáticos*, v. 29, 2007. Disponível em: < <http://www.ucam.edu.br/ceaa/ceaa/download/revista2007/2007%20-%20artigo%203%20-%20Comparando%20justifica%C3%A7%C3%B5es%20das%20pl%C3%ADticas%20de%20a%C3%A7%C3%A3o%20afirmativa%20-%20EUA%20e%20Brasil%20-%20Jo%C3%A3o%20Feres%20J%C3%BAnior.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2011.

¹² TOMEI, Manuela. **Ação afirmativa para a igualdade racial:** características, impactos e desafios. Brasília: OIT, 2005, p. 57. Disponível em: < http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/acao_afirmativa_igualdade_racial_227.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2011. Grifo do autor.

na sociedade norte-americana, motivo pelo qual reivindicavam políticas públicas voltadas para a melhoria na qualidade de vida¹³.

O país por intermédio do qual as ações afirmativas alcançaram grande relevo internacional foi os Estados Unidos da América. Tais políticas só foram efetivamente concretizadas por meio de leis, através do Poder Executivo da época, o que significa dizer que o Poder Legislativo não teve grande influência para a adoção de tais ações. Já, a Suprema Corte manifestava-se contrariamente à aplicação das ações afirmativas. Além do mais, não existiam normas expressas em favor dos negros, ou seja, os negros não eram considerados iguais perante o resto da sociedade branca¹⁴.

Historicamente, o motivo de se ter buscado as ações afirmativas para serem aplicadas na sociedade americana se dá ao fato de que algumas peculiaridades marcaram a formação sociocultural daquele país. Ali, desde os primórdios, formou-se uma sociedade dúbia, não simplesmente em razão da existência de escravos e homens livres, mas pela intensidade da segregação a que foi submetida à população de cor. Daí por que as barreiras segregacionistas não poderiam ser suprimidas por uma simples revogação formal¹⁵.

Depois de alguns embates sem sucesso, o Poder Executivo, durante o governo John Fitzgerald Kennedy, o qual em campanha eleitoral havia recebido apoio decisivo da comunidade negra, deu início a um conjunto de políticas públicas que buscavam uma maior e melhor integração da população de origem afro-descendente no mercado de trabalho¹⁶.

As políticas de ações afirmativas tiveram legislação expressa nos Estados Unidos da América, a partir do ano de 1963, através da Ordem Executiva nº 10.965, tendo sido por iniciativa do então Presidente John Fitzgerald Kennedy, tendo, a partir de então, a finalidade de conceder o bem-estar às minorias, que não tinham qualquer integração com o restante da sociedade¹⁷.

Ocorre que, antes mesmo da ordem executiva supramencionada, a Suprema Corte norte-americana analisou casos que foram considerados importantes para que as ações

¹³ ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; STRASBURG, Adriana. As ações afirmativas como concretização do princípio constitucional da igualdade no âmbito do Estado Democrático Social de Direito. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**. V.1 (2008). Disponível em: < revistas.pucsp.br/index.php/red/article/download/739/520 >. Acesso em 20 mai. 2011.

¹⁴ PISCITELLI, Rui Magalhães. **O estado como promotor de ações afirmativas e a política de cotas para o acesso dos negros à universidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 85-86.

¹⁵ ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; STRASBURG, Adriana. *Op. Cit.*, 2008, p.24.

¹⁶ ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; STRASBURG, Adriana. *Op. Cit.*, 2008, p.21.

¹⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 185.

afirmativas fossem adotadas. No caso *Plessy versus Ferguson*, pelo qual aquele foi declarado negro pela Suprema Corte, considerando ainda que os Estados poderiam fazer diferenciações no transporte coletivo privado, de modo que separavam os negros dos brancos, consagrando, dessa forma, a doutrina dos iguais, mas separados. Já no caso *Brown versus Board of Education*, a teoria dos iguais mas separados no ensino público foi destituída pela Suprema Corte¹⁸.

As mobilizações populares também tiveram influência para a aplicação das ações afirmativas e ocorreram principalmente nas décadas de 1950 a 1970, mudando as atitudes do Estado e também da sociedade norte-americana.

Como considera Cruz:

Martin Luther King não morreu em vão. Sua voz e vida geraram frutos e permitiram uma considerável agregação de valores na consciência individual e coletiva dos americanos. Assim, se a discriminação não acabou, permanecendo latente e gerando fortes protestos como em Los Angeles (2000) e manifestações como a música (rap), vimos que é inegável a melhoria dos índices de desenvolvimento humano do negro norte-americano¹⁹.

Com um forte movimento popular, liderado por um grande líder protestante, sobrevieram alterações consideráveis na legislação norte-americana, que se anota a partir da década de 1960. A aprovação do *Civil Rights Act*, em 1964, e suas posteriores alterações, somada ao notável esforço hermenêutico e também argumentativo, foram os elementos centrais desse processo, o qual foi promovido pela Suprema Corte americana na Constituição²⁰.

Como já mencionado, o Poder Executivo teve importante papel para que as ações afirmativas tivessem aplicação, sendo decisivo na experiência americana. Como exemplo, pode-se destacar o decreto executivo nº 11.246/65, assinado pelo Presidente Lyndon Johnson, que determinava a celebração de contratos administrativos com a União para que fossem admitidos indivíduos de classes minoritárias²¹.

¹⁸ PISCITELLI, Rui Magalhães. **O estado como promotor de ações afirmativas e a política de cotas para o acesso dos negros à universidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 86-87. Grifo nosso.

¹⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Op. cit.*, 2003, p. 186-187

²⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Op. cit.*, 2003, p. 186-187.

²¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Op. cit.*, 2003, p. 189.

Nesse sentido Cármen Lúcia, sobre a criação de medidas contra atitudes discriminatórias pelo Poder Executivo norte-americano, aduz:

Quanto ao princípio constitucional da igualdade jurídica, que desde os primeiros momentos do Estado Moderno foi formalizado como direito fundamental, indagava o Presidente Lyndon B. Johnson, em 4 de junho de 1965, na Harvard University, se todos ali eram livres para competir com os demais membros da mesma sociedade em igualdade de condições. Coube, então, a partir daquele momento, àquela autoridade norte-americana inflamar o movimento que ficou conhecido e foi, posteriormente, adotado, especialmente pela Suprema Corte norte-americana, como a *affirmative action*, que comprometeu organizações públicas e privadas numa nova prática do princípio constitucional da igualdade no Direito. A expressão ação afirmativa, utilizada pela primeira vez numa ordem executiva federal norte-americana do mesmo ano de 1965, passou a significar, desde então, a exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desiguais, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais. Naquela ordem se determinava que as empresas empreiteiras contratadas pelas entidades públicas ficavam obrigadas a uma ação afirmativa para aumentar a contratação dos grupos ditos das minorias, desiguais social e, por extensão, juridicamente²².

A postura do Executivo americano fundou-se na chamada “*Spending Clause*”, segundo a qual o dispêndio de recursos públicos deve ser aprovado pelo parlamento como incentivo para condutas inclusivas²³, ou seja, as práticas de inclusão social eram premiadas, um incentivo para a diminuição das desigualdades.

Depois de declarar inconstitucional a doutrina “iguais, porém separados”, a Suprema Corte dos Estados Unidos começou a julgar casos envolvendo ações afirmativas instituídas em prol da população negra e de outros grupos vítimas de discriminação. Ironicamente, opunha-se contra as pretensões da comunidade negra o mesmo princípio da igualdade pelo qual ela tanto lutou²⁴.

²² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista trimestral de Direito Público**. 1996. n. 15, p. 87. In: PISCITELLI, Rui Magalhães. **O estado como promotor de ações afirmativas e a política de cotas para o acesso dos negros à universidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 87-88.

²³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 190.

²⁴ ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; STRASBURG, Adriana. As ações afirmativas como concretização do princípio constitucional da igualdade no âmbito do Estado Democrático Social de Direito. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**. V.1 (2008). Disponível em: < revistas.pucsp.br/index.php/red/article/download/739/520 >. Acesso em: 13 mai. 2011.

Com o posicionamento pela Suprema Corte quanto à aplicação do princípio da igualdade material, foi-se construindo uma jurisprudência sobre a matéria. Desse modo, entrou-se então um período de forte “ativismo judicial” por parte da Suprema Corte, sendo que o ápice se deu no caso *Griggs v. Duke Power Company*. Ao julgar o caso já mencionado, a Suprema Corte firmou entendimento em dois importantes paradigmas para a questão, quais sejam a teoria do “impacto adverso” e a perpetuação dos efeitos de discriminação ocorrida no passado pelas minorias²⁵.

O então Presidente Lyndon Johnson, em 1964, assinou um novo decreto, em cujo texto inseriu palavras como “representação”, “metas e cronogramas”, e que determinava a implementação de ações afirmativas e a adoção efetiva de tais políticas nos diversos órgãos da administração federal²⁶. Cabível mencionar que as ações afirmativas tiveram exigências nas esferas públicas, não obrigando as empresas privadas.

O *Civil Rights Act* do ano de 1964 determinou que os empregadores com mais de cem empregados devessem manter anualmente estatísticas quanto ao número de trabalhadores de cada raça. Tal ato tinha por objetivo a aplicação em todas as agências de emprego, sindicatos e empresas, ou seja, eram em empresas privadas. Já a partir do ano de 1972, com a determinação do *Civil Rights Act*, todos empregadores, tanto de empresas públicas como privadas com mais de quinze empregados, deveriam cumprir as determinações da Lei dos Direitos Civis²⁷.

Em 1972, com o *Equal Employment Opportunity Act* (Ato para a igualdade de oportunidade e emprego), que aumentou o alcance e os poderes da *Employment Opportunity Commission*, o presidente Nixon determinou que as metas e cronogramas deveriam estar voltados a aumentar a “utilização” de mulheres e minorias subutilizadas. A expressão “subutilização” referia-se à proporção de mulheres e de representantes das minorias que seria razoável de se esperar em certas ocupações à luz das suas representações na população economicamente ativa²⁸.

²⁵ ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; STRASBURG, Adriana. *Op. cit.*, 2008, p. 22.

²⁶ TOMEI, Manuela. **Ação afirmativa para a igualdade racial**: características, impactos e desafios. Brasília: OIT, 2005, p. 20. Disponível em: http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/acao_afirmativa_igualdade_racial_227.pdf >. Acesso em: 14 mai. 2011.

²⁷ TOMEI, Manuela. **Ação afirmativa para a igualdade racial**: características, impactos e desafios. Brasília: OIT, 2005, p. 20. Disponível em: http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/acao_afirmativa_igualdade_racial_227.pdf >. Acesso em: 14 mai. 2011.

²⁸ TOMEI, Manuela. **Ação afirmativa para a igualdade racial**: características, impactos e desafios. Brasília: OIT, 2005, p. 20. Disponível em: <

No ano de 1978 a Suprema Corte norte-americana promoveu uma nova inflexão em seu posicionamento durante o julgamento de *Regents of the University of California v. Bakke*, quando se posicionou contra alguns parâmetros para a promoção de ações afirmativas, como o estabelecimento de cotas fixas²⁹.

As ações afirmativas nos Estados Unidos tiveram que vencer as barreiras do preconceito, no entanto, com forte influência popular, as políticas foram sendo implementadas e, naturalmente, ganhando efetividade. O Poder Executivo também teve sua participação, ademais, a Suprema Corte em seus julgados também teve sua importância, muito embora no início tenha sido contra a adoção das ações afirmativas.

1.4 As ações afirmativas em outros países

As ações afirmativas tiveram importante papel em outros países, enraizado na busca pela equalização de uma sociedade desequilibrada quanto à distribuição de rendas.

Em 1970, o governo da Malásia elaborou um plano econômico, com o intento de erradicar a pobreza no país e também de atingir o equilíbrio racial. Esse plano econômico tinha a intenção de primeiro fazer a redistribuição de renda, de modo que beneficiasse os bumiputras, que eram cidadãos de etnia malaia. Essas políticas foram implementadas em virtude de uma revolta racial por parte dos bumiputras, visto que a situação econômica desses era tremendamente desfavorável em relação às demais classes étnicas da Malásia³⁰.

Na Irlanda do Norte, com a implementação, em 1998, da instrução para o emprego justo (*Fair Employment and Treatment Order*), cujo propósito consistia na adoção de políticas afirmativas e também de acordos que evitassem a discriminação nas contratações e empregos em razão da religião. Dessa forma, os acordos e a implementação das ações

http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/acao_afirmativa_igualdade_racial_227.pdf >. Acesso em: 14 mai. 2011.

²⁹ ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; STRASBURG, Adriana. *Op. Cit.*, 2008, p.22.

³⁰ TOMEI, Manuela. **Ação afirmativa para a igualdade racial**: características, impactos e desafios. Brasília: OIT, 2005, p. 20-21. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/acao_afirmativa_igualdade_racial_227.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2011.

afirmativas combateriam as rivalidades religiosas e se alcançaria a admissão de empregos de forma mais justa e não com base na religiosidade professada³¹.

Para que fosse plenamente aplicada pelo poder público, como forma de serem fiscalizados, os empregadores eram devidamente registrados na comissão para o emprego justo, a quem deveriam, anualmente, informar a quantidade de funcionários e a religião a qual pertenciam. A comissão para o emprego justo (*Fair Employment Commission*) deveria também analisar como se dava o recrutamento de trabalhadores, inclusive a forma de treinamento. Importante salientar que as medidas já mencionadas servem para verificar o nível de desigualdades e, caso constatado que a participação é injusta e visível, se faz necessário a adoção das ações afirmativas³².

Com o fim do *apartheid*, começam a ser adotadas as políticas de ações afirmativas na África do Sul. Em 1988 ocorreu a aplicação do primeiro texto legal referente à matéria, o *Employment Equity Act*, ato que teve por objetivo angariar uma efetiva igualdade na sociedade sul-africana em benefício dos portadores de deficiência física, das mulheres, incluindo ainda os negros, que, por sua vez, eram divididos em africanos, *coloureds* e indianos³³. Em 1998 outro ato é instituído, é a *Preferential Procurement Policy Framework Act*, e no ano de 2000, a promoção da igualdade e prevenção da discriminação injusta³⁴.

Com a evolução da discussão quanto à aplicação das ações afirmativas, em 2003, outro ato é adotado, que é chamado de Ato para o empoderamento econômico dos negros. Tal ato tinha por finalidade a inclusão de indivíduos negros em cargos gerenciais, inclusive a preferência dos negros no setor econômico, a fim de que se tornassem proprietários e não apenas subordinados³⁵.

³¹ TOMEI, Manuela. **Ação afirmativa para a igualdade racial**: características, impactos e desafios. Brasília: OIT, 2005, p. 21. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/acao_afirmativa_igualdade_racial_227.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2011.

³² TOMEI, Manuela. **Ação afirmativa para a igualdade racial**: características, impactos e desafios. Brasília: OIT, 2005, p. 21. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/acao_afirmativa_igualdade_racial_227.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2011.

³³ Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa – GEMAA. **Ação afirmativa no mundo**. 2011. Disponível em: <<http://gemaa.iesp.uerj.br/paginas/asul>>. Acesso em: 10 set. 2011.

³⁴ TOMEI, Manuela. **Ação afirmativa para a igualdade racial**: características, impactos e desafios. Brasília: OIT, 2005, p. 22. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/acao_afirmativa_igualdade_racial_227.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2011.

³⁵ TOMEI, Manuela. **Ação afirmativa para a igualdade racial**: características, impactos e desafios. Brasília: OIT, 2005, p. 22. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/acao_afirmativa_igualdade_racial_227.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2011.

1.5 A evolução histórica das ações afirmativas no Brasil

Desde o início de sua história o Brasil era habitado por índios, os quais posteriormente foram usados como mão-de-obra por colonizadores portugueses que aqui chegaram em 1500. Tendo em vista o insucesso do trabalho indígena, por volta de 1538 foram trazidos os primeiros negros ao Brasil, que também foram utilizados como mão-de-obra escrava para o trabalho na extração e exploração como a cana de açúcar e o café, consideradas riquezas importantes, garantindo riqueza aos seus senhores.

Ocorre que as condições da travessia dos escravos negros vindos da África até o Brasil eram consideradas sub-humanas, devido às péssimas acomodações nos navios negreiros e a longa duração das viagens, o que implicou a morte de milhares de negros.

Aqui no Brasil os escravos tentavam lutar pela liberdade, pelo reconhecimento como pessoa e contra a discriminação humilhante que sofriam todos os dias, o que acabava por provocar conflitos entre senhores e escravos. A resistência negra se deu através da fuga e da formação de quilombos, os quais se espalhavam por todo o Brasil³⁶.

Com o passar do tempo, as pressões internas e internacionais pelo fim da escravidão no Brasil foram crescentes e diversas leis e acordos internacionais foram firmados no sentido de reduzir a escravidão e o tráfico negreiro. Entre elas pode-se citar as leis Eusébio de Queiroz, do Ventre Livre e a dos Sexagenários³⁷. Mas uma das leis mais importantes foi a Lei Áurea, que possibilitou o fim da escravidão e a plena liberdade concedida aos escravos em 1888.

Desde a época da vigência da Lei Áurea, somente em 1968 é que começaram a se discutir políticas de ações afirmativas no Brasil. Nessa ocasião, o Ministério do Trabalho foi favorável à criação de uma lei que obrigava as empresas privadas a contratarem uma porcentagem de pessoas negras, tal lei, contudo, não chegou a ser aprovada.

A partir de 1980, com a redemocratização do país, o poder público novamente começa a propor novas discussões sobre ações afirmativas, começando pelo até então Deputado

³⁶ RODRIGUES, Eder Bomfim. A teoria discursiva do direito e as ações afirmativas no Brasil: uma construção procedimental do princípio da igualdade no Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, 2009, p. 69.

³⁷ RODRIGUES, Eder Bomfim. A teoria discursiva do direito e as ações afirmativas no Brasil: uma construção procedimental do princípio da igualdade no Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, 2009, p. 69.

Federal Abdias Nascimento, que propôs o projeto de lei n. 1.332, de 1983, no qual eram sugeridas “ações compensatórias”³⁸ segundo as quais seriam estabelecidos mecanismos de compensação para os afro-brasileiros após séculos de discriminação. Em tal proposta figuravam reservas de 20% de vagas para mulheres negras e 20% para homens negros na seleção de candidatos ao serviço público, bolsas de estudos, incentivos às empresas no setor privado para a eliminação da prática da discriminação racial, a incorporação da imagem positiva da família afro-brasileira ao sistema de ensino à leitura didática e paradidática, bem como a introdução da história das civilizações africanas e do africano no Brasil. Este projeto de lei, contudo, também não foi aprovado pelo Congresso Nacional.

Também, entre os anos de 1980 e 1984, os poderes públicos estaduais começam a dar algumas primeiras respostas. São as primeiras medidas concretas em alguns Estados. Em São Paulo, na gestão de governo de Franco Montoro, é criado, em 1984, o Conselho de Participação e Desenvolvimento da Comunidade Negra, cujo objetivo consistia em desenhar e implementar políticas de valorização que facilitem a inserção qualificada da população negra. A instalação desse conselho foi um marco importante, pois, por seu intermédio, o Estado reconhece – após negar sempre – que há discriminação racial na sociedade e que cabe ao setor público uma ação retificadora³⁹.

O advento da Constituição de 1988 trouxe inegavelmente “novos ventos” para a sociedade brasileira, que começa a articular discussões sobre o tema⁴⁰. Para Beghin e Jaccoub, a aprovação da Constituição Federal trouxe avanços indiscutíveis no que se refere à questão racial, pelo menos no plano formal⁴¹.

A Constituição Cidadã, como foi batizada por Ulysses Guimarães, institui um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores

³⁸ MOEHLECKE, Sabrina. **Ação afirmativa**: história e debates no Brasil. *Caderno de Pesquisa*. São Paulo, Nov. 2002, n. 117, p. 204. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742002000300011&lng=pt&nrm=iso >. Acesso em: 14 mai. 2011.

³⁹ BEGHIN, Nathalie; JACCOUB, Luciana de Barros. **Desigualdades raciais no Brasil**: um balanço da intervenção governamental. Brasília, IPEA, 2002, p. 16. Disponível em: < <http://www.ufgd.edu.br/reitoria/neab/downloads/desigualdades-raciais-no-brasil-um-balanco-da-intervencao-governamental-2013-jacoudd-beghin> >. Acesso em: 18 mai. 2011.

⁴⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 213.

⁴¹ BEGHIN, Nathalie; JACCOUB, Luciana de Barros. **Desigualdades raciais no Brasil**: um balanço da intervenção governamental. Brasília, IPEA, 2002, p. 17. Disponível em: < <http://www.ufgd.edu.br/reitoria/neab/downloads/desigualdades-raciais-no-brasil-um-balanco-da-intervencao-governamental-2013-jacoudd-beghin> >. Acesso em: 18 mai. 2011.

supremos e uma sociedade justa, fraterna, pluralista e sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e sem qualquer forma de discriminação⁴².

Na década de 1990, no que diz respeito ao poder público, novas respostas são dadas à problemática racial brasileira. No Estado do Rio de Janeiro, o governo Leonel Brizola implementa, em 1991, a Secretaria de Defesa e Promoção das Populações Negras, sendo fechada em 1994 pelo governo Marcelo Alencar, que não se mostrou capaz de resistir às dificuldades que o tema da questão racial enfrenta no Brasil: a invisibilidade, a falta de experiência e de vocação do setor público para lidar com a questão negra e, também, a falta de adesão de grande parte da sociedade ao tema⁴³.

Em 1995, novos debates sobre ações afirmativas recomeçam, quando o Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso reconhece que o Brasil é um país racista e organiza um encontro com o objetivo de debater ações que modificassem situações de desrespeito entre os cidadãos brasileiros e para maior efetividade e cumprimento ao que foi estabelecida na Constituição de 1988. No mesmo ano, é reconhecida a primeira política de cotas adotada no país, onde se estabeleceu cota mínima de 30% para que as mulheres pudessem ser candidatas a cargos eletivos⁴⁴.

A partir de 2000, intensificaram-se os debates dentro do governo federal. Com efeito, com a preparação da participação do Brasil na III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, promovida pela ONU e a ser realizada em Durban, na África do Sul, no ano seguinte, uma série de eventos sucederam-se no biênio 2000-2001, recolocando a temática racial na agenda nacional. Em 8 de setembro, é criado o Comitê Nacional para a preparação da participação brasileira a Durban, que envolve de forma paritária representantes governamentais e não-governamentais⁴⁵.

⁴² BEGHIN, Nathalie; JACCOUB, Luciana de Barros. **Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental**. Brasília, IPEA, 2002, p. 17. Disponível em: <<http://www.ufgd.edu.br/reitoria/neab/downloads/desigualdades-raciais-no-brasil-um-balanco-da-intervencao-governamental-2013-jacoudd-beghin>>. Acesso em: 18 mai. 2011.

⁴³ BEGHIN, Nathalie; JACCOUB, Luciana de Barros. **Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental**. Brasília, IPEA, 2002, p. 17. Disponível em: <<http://www.ufgd.edu.br/reitoria/neab/downloads/desigualdades-raciais-no-brasil-um-balanco-da-intervencao-governamental-2013-jacoudd-beghin>>. Acesso em: 18 mai. 2011.

⁴⁴ MOEHLECKE, Sabrina. **Ação afirmativa: história e debates no Brasil**. *Caderno de Pesquisa*. São Paulo, Nov. 2002, n. 117, p. 205. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742002000300011&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 14 mai. 2011.

⁴⁵ BEGHIN, Nathalie; JACCOUB, Luciana de Barros. **Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental**. Brasília, IPEA, 2002, p. 21. Disponível em: <<http://www.ufgd.edu.br/reitoria/neab/downloads/desigualdades-raciais-no-brasil-um-balanco-da-intervencao-governamental-2013-jacoudd-beghin>>. Acesso em: 18 mai. 2011.

Desde então, políticas de ações afirmativas direcionadas à população negra espalharam-se pelo país. Dentre elas, podemos destacar a criação do grupo de trabalho interministerial para a valorização da população negra, de 1995, ainda no governo Fernando Henrique Cardoso. Além dessa, também merecem notoriedade as primeiras ações afirmativas no âmbito dos Ministérios, em 2001, com a criação da Secretaria Especial para Promoção de Políticas da Igualdade Racial (SEPPIR)⁴⁶.

No ano de 2002, no Estado do Rio de Janeiro, foi adotado na esfera do ensino superior um sistema de cotas que determinava que os alunos oriundos de escolas públicas e selecionados pelo sistema de acompanhamento do desempenho dos estudantes do ensino médio teriam uma cota de 50% das vagas oferecidas nos cursos de graduação⁴⁷.

Em 2003, já no governo Lula, aprovam-se o Estatuto da Igualdade Racial e as propostas dos atuais projetos de lei que estabelecem cotas para estudantes negros oriundos da escola pública em todas as universidades federais brasileiras. De acordo com a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, em seu relatório de gestão 2003-2006, várias instituições de ensino superior público já teriam implementado as políticas de cotas para a raça negra e indígena⁴⁸.

A partir do segundo semestre de 2004, a Universidade de Brasília implementa o primeiro sistema de cotas raciais, sendo, até então, a primeira universidade de ensino superior federal a adotar políticas de ações afirmativas, muito embora fosse criticada pelo critério adotado na seleção daqueles autodeclarados negros ou pardos⁴⁹.

Uma das políticas públicas atuais e em discussão se refere ao Programa Universidade para Todos, o Prouni, criado em 2004 pela Medida Provisória n. 213/04 e institucionalizado em 2005 pela Lei n. 11.096, o qual prevê bolsas parciais e integrais para cursos de graduação a pessoas de baixa renda.

Desde a III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, ocorrida em Durban, o Brasil vem voltando especial e

⁴⁶ MARTINS, Adriana de Fátima; MELO, Belane Rodrigues de. **Políticas de cotas no ensino superior**: a favor da sua implantação. Disponível em: < <http://www.faedf.edu.br/faedf/Revista/AR07.pdf>>. Acesso em: 14 mai. 2011.

⁴⁷ MOEHLECKE, Sabrina. **Ação afirmativa**: história e debates no Brasil. *Caderno de Pesquisa*. São Paulo, Nov. 2002, n. 117, p. 205. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742002000300011&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 14 mai. 2011.

⁴⁸ MARTINS, Adriana de Fátima; MELO, Belane Rodrigues de. **Políticas de cotas no ensino superior**: a favor da sua implantação. Disponível em: < <http://www.faedf.edu.br/faedf/Revista/AR07.pdf>>. Acesso em: 14 mai. 2011.

⁴⁹ MAIO, Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura. Política de cotas raciais, os “olhos da sociedade” e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília (UnB). Rio de Janeiro, 2004, p. 26. Disponível em: < <http://www.ifcs.ufrj.br/~observa/trabalhosmandamento/maio-santos-cotasraciaisnaUnB.pdf>>. Acesso em: 10 Set., 2011.

atento olhar à aplicação das políticas públicas em diversas áreas sociais, com o objetivo de eliminar as desigualdades existentes na sociedade brasileira.

2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade é considerado um regime político adotado por um país democrático, no qual se estabelece um tratamento equânime a todos os cidadãos, com o objetivo de evitar desigualdades sociais.

Como a igualdade é um princípio democrata, não admite privilégios ou distinções em razão de diversidades de classes. Uma vez aplicado corretamente, tal princípio representa a construção de uma sociedade harmoniosa e livre e, que pria pela justiça social.

Segundo Norberto Bobbio, a igualdade de todos não pode ser compreendida como se todas as pessoas fossem iguais em tudo, deve-se, sim, compreendê-la no sentido de que os indivíduos devem ser considerados iguais e, por conseguinte, devem ser tratados de forma igual⁵⁰. Para Bobbio, a igualdade é um dos valores que alicerçam a democracia, o que não significa, contudo, que os homens tenham concepções idênticas. Da mesma forma, não se pode fantasiar uma sociedade em que as pessoas sejam poderosas e hierarquicamente superiores⁵¹.

Leciona José Afonso da Silva sobre o princípio da igualdade:

É que a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso é que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa⁵².

Com a vinda da democracia e do Estado Social, no final do século XIX e começo do século XX, iniciou-se uma nova discussão quanto ao princípio da igualdade, ocasião em que

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996, p. 24.

⁵¹ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, 1996, p. 8-9.

⁵² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 211.

as classes mais pobres aceitaram trocar o seu voto, promovendo uma maior intervenção do Estado no mercado econômico⁵³.

Urge estabelecer a lição de Paulo Bonavides a respeito do princípio da igualdade:

De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado Social⁵⁴.

Pode se considerar que o princípio da igualdade se reveste de qualidade dúplice, de um lado impede que o Estado conceda a alguém privilégios, sem antes ter uma justificação prévia e plausível, por outro lado, pode ser usado para consertar injustiças sociais, por meio de medidas compensatórias para resolver problemas de cunho social⁵⁵.

Ari Ferreira de Queiroz, quanto à compreensão e à utilização do princípio da igualdade, leciona:

O Princípio da Isonomia deve ser visto como um mecanismo para compensar as desigualdades materiais entre as pessoas. As pessoas iguais devem ser tratadas igualmente, ou seja, quem se encontre na mesma situação jurídica, não pode receber tratamento privilegiado não extensivo ao outro, mas quem seja desigual, deve ser tratado de forma desigual, na medida de suas desigualdades, sob pena de ferir o próprio princípio. Assim, podem, e devem, ser utilizados como critérios discriminatórios validamente, dentre outros, os seguintes, desde que não se perca de vista a utilidade ou razoabilidade⁵⁶.

⁵³ SILVA, Celso de Albuquerque. Ação afirmativa no âmbito do ensino superior uma análise da constitucionalidade das políticas de cotas para o ingresso em universidades públicas. **RDE Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan/mar, 2009, p. 194.

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 376.

⁵⁵ LUSTOZA, Helton Kramer. O princípio da igualdade na sociedade brasileira pluralista: a questão das cotas raciais em universidades. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 9, n. 38, out/dez, 2009, p. 181.

⁵⁶ QUEIROZ, Ari Ferreira de. **Direito constitucional**. 9. ed. Goiânia: IEPC, 1999, p. 149.

Portanto, o princípio da igualdade visa propiciar um tratamento isonômico a todas as pessoas, que, muito embora possuam limitações, devem ser tratadas de maneira justa, possibilitando a todos os cidadãos uma real integração na sociedade em que vivem, impedindo eventuais desigualdades.

2.1 Concepção formal e material do princípio da igualdade

A concepção sobre o princípio da igualdade formal, também conhecida nas constituições como igualdade perante a lei, adveio da Revolução Francesa, sendo que a igualdade operava no campo da formalidade, ou seja, era apenas enunciado textual, onde a isonomia não teria efetivação prática.

Com propriedade, esclarece Celso Ribeiro Bastos:

A proclamação deste princípio da igualdade de todos perante a lei data da época da Revolução Francesa. Mas, naquela ocasião conhecia-se à perfeição o endereço certo do preconceito. Tratava-se de abolir a sociedade estamental então vigorante. O que pretendia era fazer ruir um castelo de privilégios erigido a partir da inserção do indivíduo numa determinada classe social. Era todo um sistema de valores sendo contestado quer quanto à sua legitimidade, quer quanto à sua legalidade. Com o tempo, o princípio da igualdade, sem perder esta concepção primitiva, foi ampliando-se para impedir que os homens fossem diferenciados pelas leis, isto é, que estas viessem a estabelecer distinções entre pessoas independentemente do mérito⁵⁷.

Consoante Joaquim Benedito Barbosa Gomes⁵⁸, entre os séculos XVII e XVIII, a igualdade foi instituída como um dos pilares da democracia moderna, objetivando abolir discriminações, privilégios e distinções, sendo consagrada nas constituições como ideia chave do constitucionalismo até boa parte do século XX.

⁵⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 318.

⁵⁸ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **As ações afirmativas e os processos de formação da igualdade efetiva**. In: Seminário Internacional as Minorias e o Direito, 2002, Brasília p. 87. Disponível em: < <http://w3.ufsm.br/afirme/ARTIGOS/variados/var02.pdf> >. Acesso em: 16 dez. 2011.

De outro lado, na segunda metade do século XIX, com a premissa de um Estado Social se concebeu a ideia de igualdade material, de modo que se contrapôs a igualdade formal, tendo este origem de um Estado Liberal, consubstanciando contrastes entre ambas⁵⁹.

O advento do Estado Social, já no século XX, provocou no mundo toda uma releitura do princípio da igualdade. A crescente intervenção estatal na seara das relações econômicas foi acompanhada por uma preocupação com a igualdade material. Aos poucos os Estados e as constituições vão reconhecendo novos direitos voltados para a população mais pobre, que envolviam prestações positivas e demandavam uma atuação mais ativa dos poderes públicos voltados para a garantia de condições mínimas de vida para todos⁶⁰.

O Estado Social inclui no princípio da igualdade a concepção material, pois garante os direitos dos cidadãos ao mesmo tempo em que cria mecanismos para a efetivação desses. A vertente material da igualdade leva em consideração elementos condicionantes externos como condição social, etnia e origem escolar, que acabam por marcar profundamente a vida do indivíduo⁶¹, buscando dessa forma dirimir as desigualdades sociais de um determinado grupo.

Com o plano de apontar os contrastes entre igualdade material e formal, foram alcançados dois critérios que as distinguiram. Nesse sentido, explica Celso de Albuquerque Silva:

O primeiro critério afirma que a isonomia formal seria um conceito jurídico; uma coisa do direito, de aplicação indistinta e imparcial da lei, enquanto que a isonomia material seria um conceito da realidade; uma coisa da realidade, de aplicação concreta e parcial⁶².

Prossegue ainda Silva, referindo-se ao segundo critério:

⁵⁹ SILVA, Celso de Albuquerque. Ação afirmativa no âmbito do ensino superior uma análise da constitucionalidade das políticas de cotas para o ingresso em universidades públicas. **RDE Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan/mar, 2009, p. 194.

⁶⁰ SARMENTO, Daniel. **A igualdade étnico-racial no direito constitucional**: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 114.

⁶¹ MARTINS, Adriana de Fátima; MELO, Belane Rodrigues de. **Políticas de cotas no ensino superior**: a favor da sua implantação, p. 06. Disponível em: < <http://www.faedf.edu.br/faedf/Revista/AR07.pdf>>. Acesso em: 16 mai. 2011.

⁶² SILVA, Celso de Albuquerque. *Op. cit.*, 2009, p. 194-195.

Um segundo critério aponta para o destinatário da isonomia formal diria respeito ao aplicador da lei, que não poderia discriminar, garantindo a igualdade de todos perante a lei; enquanto que a isonomia material se destinaria ao legislador, no âmbito da criação da lei, que não poderia discriminar de forma irrazoável e, por último, distinção que mais aporta para a questão ora debatida nos autos, afirma-se que, se forma diametralmente oposto, a isonomia material convidaria a utilizar discriminações positivas para suplantar as desigualdades de fato⁶³.

Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da igualdade como igualdade perante a lei, enunciando que, na sua literalidade, se confunde com mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos⁶⁴.

Na Constituição de 1988, o princípio da igualdade pôde ser verificado em dois planos para serem diferenciados, quais sejam a igualdade perante a lei e a igualdade na lei. Nesta, o plano se aplica ao formulador, naquela, é estendido ao aplicador da lei⁶⁵.

Seguindo nessa linha, os dois planos distintos consagrados pela constituição no que concerne ao princípio da igualdade são destacados por Alexandre de Moraes, que chama atenção para o fato de que o primeiro plano estabelece ao legislador, podendo, aqui, ser acrescido também o Executivo quando na execução de suas funções, quer seja na edição de leis, atos normativos ou até de medidas provisórias. Não poderão estabelecer tratamentos abusivos que venham a prejudicar cidadãos que se encontram em situação semelhante. O segundo plano se estende ao intérprete ou ao executor, que deve aplicar a lei e os atos normativos de maneira isonômica, sem estabelecimento irrazoável e injustificável de diferenciações em razão do sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social⁶⁶.

O objeto da isonomia é a igualdade de normas, enquanto que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade das condições sociais. No primeiro caso, a igualdade é um pressuposto da aplicação concreta da lei; ao passo que, no segundo, ela é uma meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal. Não há, pois, por quê se pretender apagar ou escamotear as desigualdades sociais

⁶³ SILVA, Celso de Albuquerque. *Op. cit.*, 2009, p. 195.

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 214.

⁶⁵ SILVA, Celso de Albuquerque. Ação afirmativa no âmbito do ensino superior uma análise da constitucionalidade das políticas de cotas para o ingresso em universidades públicas. **RDE Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan/mar, 2009, p. 195.

⁶⁶ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8º. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 83.

de fato entre os homens, com a aplicação da isonomia. Isso ocorre em razão de que a abolição dos estamentos e a submissão de todos à lei votada por todos, ou por representantes legítimos, não significa, por si só, a equiparação de fortunas ou modos de vida⁶⁷.

Como bem refere Christiane Vieira Nogueira:

[...] o Princípio da Igualdade destina-se tanto ao legislador quanto ao aplicador do direito e determina que todas as pessoas sejam tratadas de maneira uniforme. Porém, ultrapassa a concepção meramente formal, que não leva em conta as diferenças existentes na sociedade, e busca a igualdade material, com aplicação do Princípio da Isonomia e da máxima segundo a qual deve ser concedido tratamento igual aos que se encontram em situação idêntica e desigual aos que estão em situações diversas⁶⁸.

Cabível apontar a tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade, apresentada por Alexandre de Moraes, dentre elas, limitação ao legislador, ao intérprete, à autoridade pública, ao executor e ao particular, ou seja, as limitações do princípio da isonomia estendem-se do legislador ao cidadão.

As limitações do princípio da isonomia frente ao legislador, quando do exercício de sua função constitucional de edição normativa, não poderão afastar-se do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Assim, normas que criem situações diferenciadoras arbitrárias, abusivas, com finalidade ilícita, não serão consideradas compatíveis com a norma constitucional, por conseguinte, não será recepcionada quando o regime jurídico for um Estado Democrático de Direito⁶⁹.

Neste viés, dada a importância da finalidade limitadora disposta ao legislador, leciona José Afonso da Silva:

A concepção de que o princípio da igualdade perante a lei se dirige primariamente ao legislador avulta a importância da igualdade jurisdicional. Pois, se o princípio se dirigisse apenas ao aplicador da lei, bastaria a este respeitar o princípio da legalidade e o da igualdade estaria também salvo. No sentido da concepção exposta, que é a correta e pacificamente aceita, o princípio da igualdade consubstancia uma limitação ao legislador, que, sendo violada, importa na inconstitucionalidade da lei⁷⁰.

⁶⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Igualdade, desigualdades**. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 1, 1993, p. 77-78.

⁶⁸ NOGUEIRA, Christiane Vieira. **Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39

⁶⁹ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8º. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 84. Grifo do autor.

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 217.

Já no que concerne à a finalidade limitadora do princípio da igualdade referente ao intérprete, a autoridade pública e o executor não poderão pautar-se na aplicabilidade de leis e atos normativos que venham a exacerbar ou originar desigualdades arbitrárias. Ressalte-se que, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas⁷¹.

Ao cidadão, não são apenas dirigidos direitos e garantias, mas também obrigações. Com isso aplica-se aqui a terceira finalidade limitadora do princípio da isonomia, a que lhe atribui o dever de não pactuar com tendências preconceituosas. Caso venha a professar condutas discriminatórias, tais como as referentes à religião, ao racismo e à classe social, poderá sofrer sanções, tanto de responsabilidade civil como penal⁷².

Pondera Serge Atchabahian sobre a forma atual de tratamento do princípio da igualdade:

De todas as formas, o que se busca atualmente é um tratamento mais parificado, partindo-se do pensamento Aristotélico. Assim procedendo caracteriza-se, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, o tratamento igualitário a todos, visto que muitas vezes o tratamento desigual acaba por equiparar situações onde a equiparação era necessária, mas não existia⁷³.

Interessante ressaltar que o princípio da igualdade possui, na atualidade, uma tendência de movimentá-la para a realidade enfrentada pela sociedade, para que os seus preceitos e fundamentos sejam efetivados⁷⁴.

O que se visa com o preceito isonômico é, portanto, impedir favoritismos ou perseguições. É obstar agravos injustificados. Vale dizer que incidam apenas sobre uma classe

⁷¹ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8º. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 84..

⁷² MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, 2007.

⁷³ ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da igualdade e ações afirmativas**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2006, p. 84.

⁷⁴ ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da igualdade e ações afirmativas**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2006, p. 84.

de pessoas em despeito de inexistir uma racionalidade apta a fundamentar uma diferenciação entre elas que seja compatível com os valores sociais aceitos no texto constitucional⁷⁵.

2.2 O princípio da igualdade e a Constituição de 1988

Com a vigência da Constituição da República Federativa do Brasil, foi adotado pelo constituinte o Estado Democrático de Direito, que trouxe direitos e garantias, sendo de fundamental importância a todos os brasileiros e também aos estrangeiros residentes em nosso país, uma vez que fazem parte do desenvolvimento deste.

Assim, o doutrinador J. J. Gomes Canotilho leciona:

Os direitos fundamentais tem uma função democrática dado que o exercício democrático do poder significa: 1) a contribuição de todos os cidadãos para o exercício (princípio-direito da igualdade e da participação política); 2) implica participação livre assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por exemplo, direitos constitutivos do próprio princípio democrático); 3) co-envolve a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, econômicos e culturais, constitutivos de uma democracia econômica, social e cultural⁷⁶.

Inicialmente, no preâmbulo da Constituição de 1988, assim ficou destacado:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos e garantias sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a *igualdade* e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL⁷⁷.

⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Compostura jurídica do princípio de igualdade. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte: Fórum, n.11, p. 21-27, 2003.

⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional: e a teoria da constituição**. 3.ed. Portugal: Almedina, 1999, p. 284. Grifo do autor.

⁷⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm > Acesso em 02 de fevereiro de 2012.

O legislador, ao estabelecer o preâmbulo da Constituição, evidenciou um conjunto de valores que foram promulgados em benefício da toda a população, aparecendo em vários outros artigos da Magna Carta. Pode-se verificar ainda o comprometimento do Estado brasileiro em buscar aquilo que está expresso em nossa Carta Maior.

Diante da máxima de que o preâmbulo não faz parte do texto constitucional, deve ser observado como elemento de interpretação, ou deve ser considerada uma das linhas mestras interpretativas da constituição. Como o preâmbulo não se reveste de caráter normativo, de maneira alguma deve ser menosprezado, pois é o momento em que o constituinte, de forma resumida, declara o que se busca com o novo ordenamento.

O legislador constituinte elaborou uma classificação, como se verifica no título II da Constituição de 88, onde ficaram estabelecidas cinco espécies ao gênero “direitos e garantias fundamentais”, quais sejam os direitos e deveres individuais e coletivos, regrados no capítulo I; os direitos sociais, expressos no capítulo II; o direito de nacionalidade, positivado no capítulo III; os direitos políticos, estabelecidos no capítulo IV; e, por fim, os direitos relacionados a partidos políticos, estabelecidos no capítulo V⁷⁸.

Advindo a Constituição 1988, foram especificados os direitos e garantias fundamentais, incorporando-se o princípio da igualdade na norma constitucional de 1988, princípio esse que aparece com um sentido formal de direito à igualdade. Assim, ficou estabelecido no artigo 5º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que:

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 [...]⁷⁹

O dispositivo começa enunciando o direito de “igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, mostrando que o princípio da igualdade deve ser considerado como um direito fundamental do homem. Em seguida, legisla ainda sobre os destinatários dos

⁷⁸MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8º. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 24.

⁷⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm > Acesso em 02 de fevereiro de 2012.

direitos e garantias fundamentais, quais sejam os brasileiros e os estrangeiros residentes no Brasil⁸⁰.

Mesmo aqueles que não residam no Brasil podem ser considerados destinatários dos direitos e garantias fundamentais, visto ser o Estado brasileiro signatário de importantes tratados e convenções de direitos humanos, tais como a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1989) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1992), valendo-se ainda de um suporte fundamental, o valor da dignidade da pessoa humana.

O artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, preleciona que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações⁸¹. A correta interpretação desse dispositivo torna inaceitável a utilização do *discrimen* sexo, sempre que esse seja eleito com o propósito de desnivelar materialmente o homem da mulher; aceitando-o, porém, quando a finalidade pretendida for atenuar os desníveis⁸². Aqui a igualdade não é apenas no confronto marido e mulher, nem mesmo se trata apenas da igualdade no lar e na família⁸³. Na atualidade, pode-se dizer que não mais existe a primazia de o homem ser o “cabeça” da casa.

O princípio da igualdade tributária relaciona-se com a justiça distributiva em matéria fiscal. Diz respeito à repartição do ônus fiscal do modo mais justo possível⁸⁴. Nesse contexto, foram estabelecidas duas teorias para explicar tal princípio, a subjetiva e objetiva.

O texto constitucional também proíbe preconceito de origem, cor e raça e condena discriminações com base nesses fatores. Consubstancia, antes de tudo, um repúdio à barbárie de tipo nazista, que vitimou milhares de pessoas, e consagra a condenação do *apartheid* por parte de um povo mestiço, com razoável contingente de negros, mostrando-se o histórico de desigualdades de outros países com vistas a evitar que o mesmo ocorresse em nosso país.

Na Carta Maior se encontra, também, o reconhecimento de que o preconceito de origem, raça e cor, especialmente contra os negros, não está ausente das relações sociais brasileiras. Disfarçadamente ou, não raro, ostensivamente, pessoas negras sofrem discriminação até mesmo nas relações com entidades públicas⁸⁵. Há que se salientar a proibição quanto à distinção entre brasileiros natos e naturalizados, com exceção dos casos previstos na Constituição.

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 190-193.

⁸¹ Art. 5º - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

⁸² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 39.

⁸³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 217.

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, 2006, p. 221.

⁸⁵ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, 2006, p. 224.

Entretanto, a idade tem sido motivo de discriminação, principalmente quando se refere às relações de emprego. De modo corriqueiro, as empresas estabelecem proventos inferiores para pessoas de mais idade e também às muito jovens. No poder público também há discriminação no que se refere à limitação de idade em concurso público:

a proibição genérica de acesso a determinadas carreiras, tão-somente em razão da idade do candidato, consiste em flagrante inconstitucionalidade, uma vez que não se encontra direcionada a uma finalidade acolhida pelo direito, tratando-se de discriminação abusiva, em virtude da vedação constitucional de diferença de critério de admissão por motivo de idade⁸⁶.

É certo que ficarão ressalvadas, por satisfazer a uma finalidade acolhida pelo direito, uma vez examinada à luz da teleologia que informa o princípio da igualdade, as hipóteses em que a limitação de idade se possa legitimar como imposição de natureza e das atribuições do cargo a preencher⁸⁷.

O Brasil, através da Constituição de 1988, sempre reconheceu a liberdade de religião e de exercício de cultos religiosos, ou seja, estabelecido na norma jurídica como um Estado laico, sendo vedado à administração pública estabelecer discriminações pelo fator religião, portanto, todas as religiões devem ser respeitadas, tanto por particulares, como pelo poder público⁸⁸.

Determina ainda a Constituição Cidadã a não discriminação em razão de convicções filosóficas ou políticas. Dessa forma, pode-se perceber a possibilidade de ocorrer divergências ideológicas, como ocorre com as consciências partidárias, mas, independentemente da convicção filosófica, ao cidadão é oportunizado o direito a voto,.

A Constituição vigente explicita outros direitos de igualdade, como o de isonomia perante à tributação, o de igualdade perante à lei penal, tendo, ainda, o princípio da igualdade, ligação com direitos do indivíduo como cidadão, tais como o direito a voto e o acesso a cargos públicos⁸⁹. Importante ressaltar que é proibida a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de posse de deficiência ou estado civil.

⁸⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 38.

⁸⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 33-34.

⁸⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 217.

⁸⁹ ROSA, Antonio José Miguel Feu. **Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 164.

O princípio da isonomia está presente em vários outros artigos da Constituição Federal, especialmente nos artigos 3º, inciso IV; 5º, caput, I, VIII, XLII, e 7º, XXX, XXXI e XXXIV, baseando-se na igualdade de todos perante a lei⁹⁰. Portanto, o princípio, se encontra expresso em nossa Carta Maior, consubstanciando um Estado Democrático.

2.3 A igualdade *versus* discriminação

O direito de ser igual se constitui num princípio importante para a ciência do direito, e, por conseguinte, para as relações humanas. A isonomia, enquanto direito, resultou de conquistas históricas, que datam o período posterior às revoluções do final do século XVIII: a americana e a francesa. Mas possuía conotação simplesmente jurídico-formal. Nesse sentido, a lei deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la agir de forma neutra sobre os conflitos entre indivíduos e situações jurídicas concretas. Assim, não existem privilégios nem regalias. Essa igualdade formal fechava os olhos para a injustiça e a opressão na vida social⁹¹.

A igualdade constitui o signo fundamental da democracia, não admitindo privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra⁹², ou seja, o princípio da igualdade implica liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que legalmente reconhecida.

A doutrinadora Flavia Piovesan traz o conceito de discriminação:

Vale dizer, a discriminação significa toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre desigualdade⁹³.

⁹⁰MORO JÚNIOR, Antonio Aparecido. O princípio da isonomia no acesso aos cargos públicos. **Revista DCS online**. Três Lagoas, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, n. 1, novembro, 2007. Disponível em: <http://www.cptl.ufms.br/adm/dcs/artigos_v2/Artigo3_O_principio_da_isonomia.pdf>. Acesso em: 02 set. 2011.

⁹¹ MARTINS, Adriana de Fátima; MELO, Belane Rodrigues de. **Políticas de cotas no ensino superior: a favor da sua implantação**, p.05 Disponível em: < <http://www.faedf.edu.br/faedf/Revista/AR07.pdf>>. Acesso em: 16 mai. 2011.

⁹²SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 210.

⁹³ PIOVESAN, Flavia. Ações Afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan/abr. 2005, p. 48.

Para que possa ocorrer descumprimento ao princípio da igualdade ou para que possa ser válida a discriminação, também chamada de discriminação positiva, Celso Antônio Bandeira de Mello explica:

- a) a primeira diz como elemento tomado como fator de desigualação;
 - b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discriminação e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
 - c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte judicializados.
- Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de um lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concerto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles⁹⁴.

Marcelo Campos Galuppo assevera:

A discriminação é compatível com a igualdade se não for, ela também, fator de desigualdade injustificável racionalmente. E, mais que isso, a discriminação é fator que pode contribuir para a produção da igualdade⁹⁵.

Ressalta-se que a lei discrimina situações, ou seja, pode haver tratamentos diferenciados, desde que não sejam arbitrários nem firam outros direitos fundamentais. É necessário que o critério de discriminação seja razoável e proporcional e sirva para diminuir as desigualdades existentes e não para acentuá-las⁹⁶.

O direito de ser igual se constitui num princípio importante para o direito enquanto ciência, e, por conseguinte, para as relações humanas. A isonomia, enquanto direito, resultou de conquistas históricas, que datam do período posterior às revoluções americana e francesa,

⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 21-22.

⁹⁵ GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**. Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.

⁹⁶ NOGUEIRA, Christiane Vieira. **Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39-40.

mas possuía conotação simplesmente jurídico-formal. Nesse sentido, a lei deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la agir de forma neutra sobre os conflitos entre indivíduos e situações jurídicas concretas. Assim, não existem privilégios, nem regalias. Essa igualdade formal fechava os olhos para a injustiça e a opressão na vida social⁹⁷.

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente, por isso, uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e as garantias constitucionalmente protegidos. Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado⁹⁸.

E em verdade, há de se indagar – para concluir se uma norma desatende a igualdade ou se convive bem com ela – se o tratamento diverso outorgado a uns é “justificável” por existir uma “correlação lógica” entre o “fator de discrimen” tomando em conta o regramento que se lhe deu, bem como se a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade. No entanto, se, pelo contrário, não existir relação de congruência lógica ou – o que seria ainda mais flagrante – se nem ao menos houvesse um fator de discrimen identificável, a norma ou a conduta seriam incompatíveis com o princípio da igualdade⁹⁹.

Nesse diapasão, Celso Antônio Bandeira de Mello segue mencionando que sempre que a correlação lógica entre o fator de discrimen e o correspondente tratamento encartarem-se na mesma linha de valores reconhecidos pela Constituição, a disparidade professada pela norma exibir-se-á como esplendorosamente ajustada ao preceito isonômico. Será fácil, pois, reconhecer-lhe a presença em lei que, *exempli gratia*, isente do pagamento de imposto de importação automóvel hidramático para uso de paraplégico¹⁰⁰.

⁹⁷ MARTINS, Adriana de Fátima; MELO, Belane Rodrigues de. **Políticas de cotas no ensino superior**: a favor da sua implantação, p.05 Disponível em: < <http://www.faedf.edu.br/faedf/Revista/AR07.pdf>>. Acesso em: 16 mai. 2011.

⁹⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8º. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 83.

⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Princípio da isonomia**: desequilibradas proibidas e permitidas. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 1, 1993, p. 81-82.

¹⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, 1993, p. 83.

Nesse contexto, se observa a importância da norma constitucional vigente, visto ser a base para dirimir impasses na ordem jurídica, sejam esses constitucionais ou infraconstitucionais.

3 A POLÍTICA DE COTAS RACIAIS NO ACESSO ÀS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

Neste capítulo serão abordadas as políticas de ações afirmativas no Brasil, especificamente no que concerne às cotas raciais, sua aplicabilidade no acesso à universidade e quais as instituições que adotam tais medidas afirmativas. Serão, também, analisados os posicionamentos doutrinário e jurisprudencial quanto à sua constitucionalidade.

3.1 As cotas raciais nas universidades brasileiras

São notoriamente conhecidas as discussões quanto à aplicabilidade das cotas raciais em universidades, porém, essas políticas de discriminação positiva já vêm sendo aplicadas em algumas universidades do país.

No Brasil, o meio mais utilizado para o ingresso no ensino superior, em regra, envolve o merecimento, ou seja, o candidato é avaliado com métodos que determinam o seu conhecimento. Dessa forma, esse processo seletivo impede qualquer privilégio, tanto por capacidade econômica como por critério racial¹⁰¹.

A Universidade de Brasília foi a primeira instituição de ensino superior federal do país a dar aplicabilidade ao sistema de cotas raciais em seus vestibulares¹⁰². O vestibulando, ao realizar a inscrição para concorrer à vaga na graduação, deve informar sua opção por concorrer à vaga por meio do sistema universal ou pelo sistema de cotas para negros. Para este último, o montante de vagas (destinadas às pessoas que se auto declaram negras) totaliza 20% do total de vagas oferecidas:

¹⁰¹ LEAL, Luciana de Oliveira. O sistema de cotas raciais como ação afirmativa no direito brasileiro. Disponível em: < http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/acoes_afirmativas_direito_brasileiro.pdf >. Acesso em: 03 abr. 2012.

¹⁰² MAIO, Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura. Política de cotas raciais, os “olhos da sociedade” e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília (UnB). Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ha/v11n23/a11v1123.pdf> >. Acesso em: 08 out. 2011.

O vestibular é a forma mais tradicional de ingresso na Universidade. A prova é organizada pelo Centro de Seleção e Promoção de Eventos (Cespe), e os candidatos podem candidatar-se por duas formas: pelo Sistema Universal ou pelo Sistema de Cotas para Negros.

A UnB realiza dois vestibulares por ano. As vagas são divididas com os candidatos do Programa de Avaliação Seriada (PAS) e do vestibular tradicional. Do total de vagas, 20% são reservadas para o Sistema de Cotas¹⁰³.

A Universidade do Estado do Rio de Janeiro, uma das pioneiras em nível Estadual na adoção de cotas raciais, não considera apenas a raça ou a cor da pele, mas também a entrega de um formulário de informações socioeconômicas, como indica o item 4 das orientações para os candidatos concorrentes às vagas do sistema de cotas:

4. Caso o candidato deixe de enviar o Formulário de Informações Socioeconômicas ou quaisquer dos documentos previstos em Edital, preste informações incompletas, incorretas, inverídicas, incompatíveis com a documentação apresentada ou, ainda, tenha renda *per capita* bruta superior a R\$ 960,00 (novecentos e sessenta reais), seu pedido será indeferido e excluído do sistema de cotas, passando o candidato automaticamente a concorrer às vagas não reservadas, em conformidade com o Anexo 3 do Edital do Exame Discursivo do Vestibular Estadual 2012¹⁰⁴.

A Universidade Estadual do Rio Grande do Sul também adota o sistema de cotas. Essa Universidade reserva 50% de suas vagas a candidatos economicamente carentes e 10% para candidatos portadores de deficiência. Esses candidatos participam do exame vestibular em igualdade de condições com os demais inscritos e, somente na etapa posterior, é que os selecionados concorrem entre si, respeitando o limite do percentual das vagas reservadas¹⁰⁵.

Do exposto, pode-se observar que já existem universidades adotando as políticas de ações afirmativas por meio do critério racial, com a aplicação de diferentes formas. Algumas reservam vagas para pessoas de origem negra, outras para pessoas cuja condição econômica é de carência e outras para portadoras de necessidades especiais.

¹⁰³ Universidade de Brasília. Vestibular. Disponível em: < http://www.unb.br/estude_na_unb/formas_de_admissao/vestibular >. Acesso em: 08 out. 2011.

¹⁰⁴ RIO DE JANEIRO. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Departamento de Seleção Acadêmica. Vestibular estadual 2012. Disponível em: < http://www.vestibular.uerj.br/portal_vestibular_uerj/arquivos/arquivos2012/ed/cotas/orientacoes.pdf >. Acesso em: 08 out. 2011.

¹⁰⁵ PEREIRA, Adriane Damian; GORCZEWSKI, Clovis; REIS, Jorge Renato dos (Coord.) **Direitos fundamentais: conhecer para exercer: constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Norton, 2007, p. 63.

3.2 As argumentações jurisprudenciais quanto à reserva de cotas raciais nas instituições de ensino superior

Com as incessantes discussões a respeito da reserva de cotas raciais no ensino superior sobrevieram ações judiciais, a fim de que os direitos de acesso a tais instituições fossem alcançados, surgindo, dessa forma, não apenas questionamentos a respeito de cotas para negros, mas das destinadas a pessoas oriundas de escolas públicas e às que não possuem condições econômicas de subsidiar uma faculdade.

O Tribunal de Justiça do estado de Santa Catarina já se manifestou pela inconstitucionalidade da reserva de vagas a pessoas negras em concurso público:

"ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - RESERVA DE VAGAS PARA AFRO-BRASILEIROS - INDÍCIO DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL - VEDAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL "É este o sentido que tem a isonomia no mundo moderno. É vedar que a lei enlace uma consequência a um fato que não justifica tal ligação. É o caso do racismo em que a ordem jurídica passa a perseguir determinada raça minoritária, unicamente por preconceito das classes majoritárias. Na mesma linha das raças, encontram-se o sexo, as crenças religiosas, ideológicas ou políticas, enfim, uma série de fatores que os próprios textos constitucionais se incumbem de tornar proibidos de diferenciação. É dizer, não pode haver uma lei que discrimine em função desses critérios" [...] ¹⁰⁶.

Segundo o entendimento do Tribunal catarinense, a reserva de vagas para pessoas de origem afrodescendente consubstanciaria o indício de discriminação racial, ou seja, com a adoção de tal medida afirmativa, estar-se-ia incentivando o acesso de determinado indivíduo, sem, contudo haver uma concorrência igualitária, demonstrando dessa forma distinção entre brancos e negros.

¹⁰⁶ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de SC. **Apelação Cível n. 2008.014214-4**, da 1ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Vanderlei Romer, Florianópolis, 08/01/2009. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

Já o entendimento do Tribunal Regional Federal da 1º Região¹⁰⁷ é de que o acesso à universidade pública por meio de reserva de vagas é uma questão de conteúdo de interesse social, que deve ser objetivada pela implementação de mecanismos que diminuam as diferenças existentes entre as classes sociais que refletem o aspecto da sociedade brasileira. Segundo os julgadores, não restam dúvidas quanto às desigualdades apresentadas no sistema educacional brasileiro, principalmente no que se refere à qualidade de ensino entre as escolas públicas e privadas.

Diante de tal julgado, pode-se afirmar que a desigualdade não se apresenta apenas pelo motivo de o indivíduo ser negro. Existem outros motivos por detrás da discussão das cotas raciais, tais como o direito de acesso às universidades por pessoas que sempre estudaram em escolas públicas. Essa ideia se justifica em razão da qualidade de ensino oferecida pelo Brasil na atualidade, ou seja, o aluno que sempre estudou em colégios particulares está mais propenso a ingressar em uma universidade pública, já aquele que sempre estudou em colégio público sofre dupla limitação, pois, sabe-se, algumas vezes a qualidade de ensino não é a melhor possível e, por outro lado, é provável que o candidato não tenha tido condições econômicas de buscar um ensino pago e de melhor qualidade.

Ademais, a adoção de políticas de cotas pode ser considerada um dos mecanismos para se efetivar a igualdade de condições e de oportunidades em determinados setores da sociedade brasileira. Tais setores podem ser alcançados aos menos favorecidos, sendo, portanto, cabível garantir distinção de tratamento àqueles desfavorecidos em uma sociedade desigual.

Nesse sentido, parte-se da seguinte decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que assevera as discussões sobre as ações afirmativas com base na questão racial:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. AÇÕES AFIRMATIVAS. SISTEMA DE COTAS. ADEQUAÇÃO DA RESERVA DE VAGAS PARA ALUNOS EGRESSOS DE ESCOLA PÚBLICA. INADEQUAÇÃO DA RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS. 1. A política de ações afirmativas implementada pelas Universidades por meio de suas resoluções tem amparo na Constituição e na legislação infraconstitucional, encontrando-se dentro da autonomia didático-científica e administrativa o estabelecimento de regras na seleção de candidatos. 2. Sendo o critério de acesso ao ensino superior previsto na Carta Política (art. 208), o tratamento desigual dado em favor de alguns candidatos deve ter por fundamento outro valor constitucionalmente eleito, tal como

¹⁰⁷ BRASÍLIA. Tribunal Regional Federal. Região, 1. **Apelação Cível n.1999.35.00.019412-6/GO**, da Sexta Turma, Relator: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, Brasília-DJF1 p.331 de 21/09/2009. Disponível em: < <http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=199935000194126> >. Acesso em: 04 out. 2011.

a igualdade fática ou a redução da desigualdade. 3. Para ser válido, o discrimen usado deve atender ao princípio da proporcionalidade, na extensão dos seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito: é adequada quando o meio escolhido é apto para atingir a finalidade pretendida; é necessária quando a finalidade pretendida não pode ser alcançada por meio menos gravoso; e é proporcional, quando as vantagens decorrentes da adoção da restrição superam as desvantagens delas decorrentes. 4. Se o critério eleito para criar a discriminação não guarda qualquer relação com o fim que se procura atingir, há malferição da adequação, o que impõe o seu afastamento, por absoluta falta de amparo no sistema normativo. 5. Dada a notória inferioridade de qualidade da maior parte do ensino público, é razoável que se crie privilégio de acesso para os alunos egressos do sistema público de ensino. Entretanto, a política pública de cotas sociorraciais não se mostra razoável, ou mesmo proporcional, uma vez que a discriminação estabelecida entre os diferentes candidatos, para o fim de reserva de vagas a determinados grupos de estudantes, não deve guardar a necessária adequação entre os fins visados e os meios utilizados. A cor da pele e a raça não são causas capazes de justificar a diferenciação entre indivíduos iguais, para fins de ingresso no ensino superior. Duas pessoas, egressas de escolas idênticas - públicas ou privadas, não podem ter tratamento diferenciado entre si exclusivamente porque uma tem determinada cor de pele outra tem coloração diversa. 6. É ilegal o criação de regras criando cotas raciais para ingresso no ensino superior, impondo-se o afastamento das mesmas. 7. No caso em exame, mesmo com o afastamento das cotas raciais a parte autora não lograria ingresso na universidade¹⁰⁸.

No caso em questão, pode-se observar que a adoção das ações afirmativas é constitucional e observa também as leis infraconstitucionais. Importante salientar, para que haja possibilidade de adotar diferenciações, que se faz necessário observar a proporcionalidade e a razoabilidade. Ainda, as pessoas consideradas iguais não poderiam ter tratamento diferenciado, ou seja, pelo critério da cor da pele ou da raça não seriam motivos determinantes para criar diferenças entre tais indivíduos.

Já, se foram implementadas cotas beneficiando pessoas oriundas exclusivamente de escolas públicas, seria mais viável, no entanto, adotar a mesma medida para indivíduos que tenham raça ou a cor de pele diversa da outra, medida que seria ilegal por estar privilegiando determinada pessoa em razão de sua raça ou cor de pele.

Cabível observar que se forem adotadas tais ações afirmativas em razão da cor da pele, poderá ocorrer a inversão daquilo que se objetiva com as cotas raciais, ou seja, estar-se-á correndo riscos de acentuar a desigualdade ao invés de diminuí-las.

Em decisão mais recente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual vem entendendo pela inconstitucionalidade das cotas raciais no acesso ao ensino superior:

¹⁰⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. **Apelação/Reexame Necessário n. 2009.72.00.001078-7/SC**, da Terceira Turma, Relator: Des. Federal João Pedro Gebran Neto, Porto Alegre, D.E. 04/11/2009. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=3070267>. Acesso em: 03 abr. 2012.

[...] E mais, venho entendendo - em outros feitos - que as cotas raciais são ilícitas porque violam a relação de meio-fim que busca otimizar, porquanto o discrimen criado (raça) não guardada proporcionalidade com o fim que busca atingir (ingresso nas Universidades de pessoas que tenham obtido ensino deficiente). Não se pode admitir que o critério racial seja apto a justificar a violação ao tratamento isonômico, porquanto todos os seres humanos são iguais e merecem igual deferência, respeito e reconhecimento de suas capacidades físicas, morais e intelectuais [...]¹⁰⁹.

Segundo entendimento supramencionado, as ações afirmativas, através das cotas raciais, vão à direção contrária ao que está estabelecido na norma jurídica constitucional brasileira, isto porque tais políticas objetivam a redução das desigualdades em nossa sociedade, porém, não é justificável a violação do princípio da igualdade através de critério racial.

Atualmente, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

[...] 4. Ações afirmativas são medidas especiais tomadas com o objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais, sociais ou étnicos ou indivíduos que necessitem de proteção, e que possam ser necessárias e úteis para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais, e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

5. A possibilidade de adoção de ações afirmativas tem amparo nos arts. 3º e 5º, ambos da Constituição Federal/88 e nas normas da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, integrada ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto n. 65.810/69.

6. A forma de implementação de ações afirmativas no seio de universidade e, no presente caso, as normas objetivas de acesso às vagas destinadas a tal política pública fazem parte da autonomia específica trazida pelo artigo 53 da Lei n. 9.394/96, desde que observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade [...]¹¹⁰.

Diante dessa problemática as ações afirmativas são medidas que buscam garantir o desenvolvimento e o progresso de determinados grupos, sejam eles étnicos ou raciais. Tais medidas políticas encontrariam respaldo nos artigos 3º e 5º da Carta Política de 1988 e

¹⁰⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. **Agravo de Instrumento 5004103-93.2012.404.0000/SC**, da Quarta Turma, Relator: Des. Federal João Pedro Gebran Neto, Porto Alegre, D.E. 28/03/2012. Disponível em: < http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4904873 >. Acesso em: 03 abr. 2012

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1132476/PR**. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, julgado em 13/10/2009, DJe 21/10/2009. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=6649277&num_registro=200900623896&data=20091021&tipo=5&formato=PDF > Acesso em: 03 abr. 2012.

também pelo Decreto nº 65.810/69, por meio do qual Brasil ratificou a Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial. Porém, o julgado acima exposto explicita que os critérios objetivos para fazer a diferenciação de determinada pessoa para ser ou não beneficiária das cotas pertenceriam às universidades.

O Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou a respeito da constitucionalidade das cotas raciais nas universidades públicas, porém, tramita na Suprema Corte a ADPF 186, a qual aguarda julgamento.

Nesse contexto apresentado, a grande maioria das decisões prolatadas pelos Tribunais tem se mostrado contra a aplicação das cotas raciais, em razão da evidente desigualdade entre pessoas de outras origens étnicas.

3.3 A possível (in) constitucionalidade das cotas raciais nas universidades

Um dos assuntos mais comentados na atualidade brasileira diz respeito à aplicação das ações afirmativas, por meio da política de cotas raciais no acesso às universidades. Tal discussão tem levantado comentários e teses quanto à importância da educação no desenvolvimento de um país, tendo como foco a constitucionalidade ou não das políticas afirmativas. Busca-se chegar a um entendimento se tais pessoas têm ou não o direito de estarem nos acentos de cursos de nível superior em razão da cor, levando em conta o princípio da igualdade.

Assim como nos Estados Unidos da América e na África do Sul, o Brasil¹¹¹ também adotou a escravidão. Em consequência sobrevieram as desigualdades e foram experimentadas injustiças, inicialmente contra indígenas e posteriormente contra os negros, fatos que marcaram a sociedade brasileira principalmente no que concerne à discriminação racial.

O Brasil é um dos países que mais sofrem com a desigualdade social, em virtude da discriminação racial iniciada na época da escravidão. Para diminuir as diferenças sociais, o Estado levantou o debate para a efetivação das ações afirmativas com o intento de diminuir as

¹¹¹ CLÉVE, Clémerson Merlin; RECK, Melina Breckenfeld. As ações afirmativas e a efetivação do princípio constitucional da igualdade. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, n.11, 2003, p. 34.

desigualdades enfrentadas e de inserir de forma proporcional as pessoas que sofreram prejuízos no passado¹¹², ou seja, de reparar as injustiças sofridas no passado.

Com o passar dos anos, houve a necessidade de serem apresentados dados estatísticos a fim de estabelecer resultados quanto às condições vivenciadas por diferentes grupos da sociedade, sendo assim, as instituições de pesquisa e estudiosos apresentaram dados discrepantes no que concerne à ocupação de cargos, à percepção de salários, e ao acesso aos estabelecimentos de ensino¹¹³.

Corroborando com a ideia de que as desigualdades enfrentadas pela sociedade brasileira ainda sofrem as consequências de um passado desigual, frisa-se o entendimento de Rui Magalhães Piscitelli:

Outro dado de suma importância para a análise do tema é que cerca de 47% da população brasileira é representada pelos negros que, no entanto, somente fazem parte de 2% da massa universitária, e, ainda, nos cursos considerados de baixa demanda. Assim, temos a emergência da utilização das cotas raciais como forma extrema de ação afirmativa, pois o tão-só investimento no ensino fundamental público não trará efeitos significativos, senão, veja-se, dentro de 32 anos. É, assim, imperioso que se faça algo imediatamente, perante a disparidade de tratamento do negro e do branco pela sociedade¹¹⁴...

Nesse diapasão, a discussão quanto à existência do racismo no Brasil ainda sofre resistência, no sentido de que na atualidade o Brasil não mais enfrentaria discriminações raciais. Nesse sentido, João Feres Júnior rebate às críticas:

A essa afirmação do fato, segue-se o silogismo: se não há racismo, então a ação afirmativa não se justifica. Não raro a negação do racismo se apóia no argumento de que as análises estatísticas da desigualdade racial não “provam” sua existência. Certamente, assumindo uma posição de ceticismo radical, análises estatísticas, assim como algum tipo de interpretação qualitativa ou quantitativa, não “provam” qualquer coisa. Esse ceticismo corresponde, contudo, a uma atitude de paralisia

¹¹² CLÉVE, Clémerson Merlin; RECK, Melina Breckenfeld. *Op. cit.*, 2003, p. 34.

¹¹³ ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da igualdade e ações afirmativas**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2006, p. 174.

¹¹⁴ PISCITELLI, Rui Magalhães. **O estado como promotor de ações afirmativas e a política de cotas para o acesso dos negros à universidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 72.

frente ao mundo que não serve àqueles que querem pensar políticas públicas, ou outras formas de ação que contribuam para o bem social¹¹⁵.

Tendo em vista os procedimentos utilizados para o crescimento econômico de uma sociedade, a condição financeira de determinada classe esconde de forma rasa as diferenças raciais, principalmente no que concerne a brancos e negros. Se fôssemos observar do ponto de vista do elemento econômico, não seria necessária a discussão e a legitimidade quanto à aplicação das ações afirmativas, pois o negro não estaria sofrendo discriminação, mas, sim, a classe dos operários, uma classe mais baixa no que se refere às condições econômicas¹¹⁶. Tanto é verdade que no Brasil, aquelas pessoas de origem afrodescendentes com situação financeira favorável sofrem menos com a discriminação¹¹⁷.

Desde a vigência da Constituição Cidadã, em 1988, a sociedade foi conduzida a uma discussão mais aberta quanto às discriminações e às desigualdades raciais. Esses meios elencados pelo poder constituinte da ampla liberdade de participação de toda a sociedade e não apenas as partes prejudicadas, buscando a integração das diferentes classes sociais, buscando alcançar uma sociedade justa e sem as intempéries de discriminações, sejam elas raciais, política, ou de orientação sexual, dentre outras existentes¹¹⁸.

As políticas de ações afirmativas têm por escopo empregar na sociedade a igualdade material, fazendo com que sejam favorecidas as categorias sociais consideradas maleficamente desprezadas por maiorias que possuem melhores condições financeiras e por terem elevado grau educacional e eminente representatividade política. As ações supramencionadas fazem com que as premissas constitucionais sejam respeitadas, evitando a marginalização e o desprezo do ser humano, principalmente ao indivíduo negro¹¹⁹.

No entanto, uma das formas de efetivar as ações afirmativas seria a adoção das cotas raciais em universidades, tendo por objetivo a concretização da igualdade material na

¹¹⁵ FERES JR, João. A ação afirmativa no Brasil: fundamentos e críticas. *Econômica*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 291-312, dez. 2004. p. 301.

¹¹⁶ CRUZ, op. cit., p. 171.

¹¹⁷ PISCITELLI, Rui Magalhães. **O estado como promotor de ações afirmativas e a política de cotas para o acesso dos negros à universidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 25.

¹¹⁸ BEGHIN, Nathalie; JACCOUB, Luciana de Barros. **Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental**. Brasília, IPEA, 2002, p. 16. Disponível em: <<http://www.ufgd.edu.br/reitoria/neab/downloads/desigualdades-raciais-no-brasil-um-balanco-da-intervencao-governamental-2013-jacoudd-beghin>>. Acesso em: 11 jun. 2011.

¹¹⁹ LUSTOZA, Helton Kramer. O princípio da igualdade na sociedade brasileira pluralista: a questão das cotas raciais em universidades. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 9, n. 38, out/dez, 2009, p. 181.

sociedade, fazendo com que as desigualdades sejam diminuídas através da adoção de tais medidas¹²⁰, motivando ainda a democratização do ensino superior no Brasil.

A principal crítica não se concentra na forma da distribuição igualitária de bens entre os indivíduos de determinada sociedade. O ponto fundamental da discussão se dá pela forma a ser aplicada pelo Estado na concretização para beneficiar toda a sociedade¹²¹, ou seja, abre-se a discussão se realmente o sistema de cotas em favor de indivíduos de determinada cor ou etnia seria a melhor solução para alcançar a igualdade material:

A questão crucial e de maior relevância quando do implemento de ações afirmativas estipulatórias de cotas diferenciadoras para o ingresso ao ensino superior, em favor não só da comunidade negra, mas também de grupos socialmente desfavorecidos, devem pautar-se na necessidade imperiosa de auto-questionarmos se, e quando, estabelecermos cotas em razão da cor, exemplificativamente, não estaremos combatendo com injustiça sob o manto de criação de outra, pois a razão que assiste aqueles que procuram combater às diferenças socioeconômicas entre brancos e negros não pode gerar uma suspensão, ainda que temporária, do sistema de ingresso na universidade baseado no mérito do candidato¹²²

Um dos programas utilizados pelo Governo Federal para incentivar o acesso às universidades é o Programa Universidade para Todos (Prouni), que foi criado em 2004 e tem por propósito a concessão bolsas de estudos integrais e parciais a estudantes da graduação e de cursos sequenciais de formação específica, em instituições privadas de educação superior¹²³. Relevante mencionar que o Prouni não beneficia estudantes exclusivamente pelo fator racial, mas possui como critério principal a condição econômica, ou seja, não tem como fator principal a cor, mas a realidade econômica vivenciada pelo candidato.

Outro programa, que é o mais bem aceito no meio social, independente das classes, é do Instituto Rio Branco, o qual é vinculado ao Ministério das Relações Exteriores e que também dispõe de um programa de ação afirmativa, denominado de bolsa prêmio de vocação para a diplomacia. Este programa tem por objetivo “proporcionar uma maior igualdade de

¹²⁰ LUSTOZA, Helton Kramer. O princípio da igualdade na sociedade brasileira pluralista: a questão das cotas raciais em universidades. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 9, n. 38, out/dez, 2009, p. 182.

¹²¹ SILVA, Celso de Albuquerque. *Op. cit.*, 2009, p. 201.

¹²² PEREIRA, Adriane Damian; GORCZEVSKI, Clovis; REIS, Jorge Renato dos (Coord.) Direitos fundamentais: conhecer para exercer: constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Norton, 2007, p. 62-63.

¹²³ BRASIL. Ministério da Educação. PROUNI: Programa Universidade para Todos. Disponível em: < http://prouniportal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=124&Itemid=140 >. Acesso em: 28 ago. 2011.

oportunidades de acesso à carreira de diplomata e de acentuar a diversidade étnica nos quadros do Itamaraty”¹²⁴. Urge salientar que este programa é realizado por meio de um processo seletivo e o candidato selecionado ganhará bolsa-prêmio, que corresponde ao valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), cuja finalidade é de custear toda a preparação intelectual para que possa estar capacitado a prestar concurso de admissão à carreira de diplomata, ou seja, estará o candidato em condições de concorrer com aqueles candidatos que tiveram poder aquisitivo mais elevado para angariar seus estudos.

Para que a problemática da discriminação existente na sociedade seja enfrentada com sucesso, e para que se tenha por foco principal o efetivo cumprimento da igualdade substancial, utilizando-se de estratégias, a fim de que os “direitos civis e políticos, como também dos direitos sociais, econômicos e culturais”¹²⁵ sejam alcançados, não basta apenas criar critérios com base na raça ou na cor da pele, mas faz-se necessário buscar a implementação com fundamento na realidade econômica e social de cada grupo marginalizado.

No que concerne à discussão sobre as cotas raciais na área da educação, principalmente no que diz respeito ao acesso ao ensino superior de tal forma a conceder um tratamento diferenciado para pessoas de origem negra e pardas, tem provocado duras críticas. Tal contrariedade se refere à legitimidade constitucional, ou seja, o Estado estaria na direção de “uma nova forma de discriminação”, portanto, seria uma forma ilegítima de se buscar uma igualdade e a integração social entre indivíduos¹²⁶.

Ocorre que a partir do momento em que se adotam as ações afirmativas no campo do ensino superior, se estaria assegurando não apenas a efetiva educação a todos, mais do que isso, se estaria, portanto, garantindo o acesso ao mercado de trabalho¹²⁷, visto que a maioria dos altos cargos é ocupada por pessoas que já estiveram nos acentos das universidades.

No entanto, a exclusão ou o abandono de determinadas pessoas e o cerceamento de seu acesso à educação é algo que não deve ser aceito socialmente, sendo necessário agir em favor das camadas marginalizadas e menos favorecidas, motivando o bem-estar social e

¹²⁴ BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Instituto Rio Branco. Programa de ação afirmativa do Instituto Rio Branco – PAA. Disponível em: < http://www.institutorio Branco.mre.gov.br/pt-br/programa_de_acao_afirmativa.xml >. Acesso em: 02 set. 2011.

¹²⁵ PIOVESAN, Flavia. *op. cit.*, p. 49.

¹²⁶ LUSTOZA, Helton Kramer. O princípio da igualdade na sociedade brasileira pluralista: a questão das cotas raciais em universidades. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 9, n. 38, out/dez, 2009, p. 182.

¹²⁷ COSTA, Rafael Santiago. Ações afirmativas no ensino superior: uma abordagem da realidade brasileira sob o enfoque legislativo e jurisprudencial. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, abr/jun, 20011, p. 197.

corrigindo as desigualdades sociais. Desse modo, a “democracia não combina com discriminação racial”¹²⁸, além do mais, não combina com a busca de uma sociedade mais justa.

Importante destacar que a partir do momento em que há uma interferência estatal na aplicação das ações afirmativas, quer seja por meio de cotas raciais ou não, se faz necessária a adoção de um critério de proporcionalidade objetivando o não desvirtuamento de tais políticas. Se suas finalidades forem, contudo, desviadas, estarão inseridas no bojo da inconstitucionalidade¹²⁹.

Segundo entendimento de Kabengele Munanga

A cota é apenas um instrumento e uma medida emergencial enquanto se buscam outros caminhos. Se o Brasil, na sua genialidade racista, encontrar alternativas que não passam pelas cotas para não cometer injustiça contra brancos pobres – o que é uma crítica sensata – ótimo! Mas dizer simplesmente que implantar cotas é uma injustiça, sem propor outras alternativas a curto, médio e longo prazo, é uma maneira de fugir de uma questão vital para mais de 70 milhões de brasileiros de ascendência africana e para o próprio futuro do Brasil [...]¹³⁰

Há, portanto, a necessidade de se referir que para a solução de problemas se faz necessário o reconhecimento do problema da discriminação na sociedade, e, acima de tudo, se faz necessário buscar um desfecho que propicie a garantia dos direitos essenciais aos cidadãos que sofrem com as desigualdades existentes, muito embora quando da efetivação das ações afirmativas poderão ocorrer erros e desacertos¹³¹.

Para Kabengele Munanga:

As cotas não serão gratuitamente distribuída ou sorteadas como o imaginam os defensores da ‘justiça’, da ‘excelência’ e do ‘mérito’. Os alunos que pleitearem o ingresso na universidade pública por cotas submeter-se-ão às mesmas provas de vestibular que os outros candidatos e serão avaliados como qualquer outro, de

¹²⁸ RODRIGUES, Eder Bomfim. A teoria discursiva do direito e as ações afirmativas no Brasil: uma construção procedimental do princípio da igualdade no Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, 2009, p. 83. Grifo nosso.

¹²⁹ PISCITELLI, Rui Magalhães. **O estado como promotor de ações afirmativas e a política de cotas para o acesso dos negros à universidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 132.

¹³⁰ MUNANGA, Kabengele. Políticas de ação afirmativa em benefício da população negra no Brasil: um ponto de vista em defesa de cotas. Disponível em: < <http://www.revistas.ufg.br/index.php/fchf/article/view/515> >. Acesso em: 06 out. 2011.

¹³¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. 2003, *op. cit.*, p. 182-183.

acordo com a nota de aprovação prevista. Visto deste ângulo, o sistema de cotas não vai introduzir alunos desqualificados na universidade, pois a competitividade dos vestibulares continuará a ser respeitada como sempre. A única diferença está no fato de que os candidatos aspirantes ao benefício da cota se identificarão como negros ou afrodescendentes no ato da inscrição. Suas provas serão corrigidas, eles serão classificados separadamente, e serão retidos os que obtiverem as notas de aprovação para ocupar as vagas previstas. Deste fato, serão respeitados os méritos e garantida a excelência no seio de um universo específico¹³².

Diante desse quadro, surge a necessidade de se analisar com extrema seriedade a implantação de uma ação afirmativa com fundamento, exclusivamente, na questão racial, que, sobrevivendo tais políticas, venham a ter resultados pessimistas¹³³, pois o resultado de tais medidas será arcado pela população.

É inegável a importância da educação na atualidade, sendo ela, portanto, fundamental, sempre primando pela qualidade, garantindo àquelas pessoas menos favorecidas o direito ao acesso a cursos universitários e a oportunidades de preparação para que possam competir no mercado de trabalho de forma justa com aqueles que desde o berço pertenciam a classes sociais mais elevadas.

Nesse óbice, as políticas das cotas raciais seriam ineficazes para dirimir as desigualdades, pois o problema da educação brasileira estaria enraizado na má qualidade, tanto do ensino fundamental quanto do médio. Outra deficiência, agora, diz respeito às cotas no ensino superior no sentido de permitir que o indivíduo ficasse adstrito às ações governamentais¹³⁴.

Apesar dos riscos, pode-se afirmar, na atualidade, que o emprego das ações afirmativas é o meio mais adequado e mais avançado para que as pessoas pertencentes às classes discriminadas¹³⁵ possam se desenvolver. Porém, há que se atentar para a forma de como serão elaborados os critérios, se se dará em razão da cor ou da posição social ou econômica do indivíduo.

¹³² MUNANGA, Kabengele. Políticas de ação afirmativa em benefício da população negra no Brasil: um ponto de vista em defesa de cotas. Disponível em: < <http://www.revistas.ufg.br/index.php/fchf/article/view/515> >. Acesso em: 06 out. 2011.

¹³³ LUSTOZA, Helton Kramer. O princípio da igualdade na sociedade brasileira pluralista: a questão das cotas raciais em universidades. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 9, n. 38, out/dez, 2009, p. 172.

¹³⁴ LEAL, Luciana de Oliveira. O sistema de cotas raciais como ação afirmativa no direito brasileiro. p. 04 Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/acoes_afirmativas_direito_brasileiro.pdf >. Acesso em: 03 abr. 2012.

¹³⁵ ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da igualdade e ações afirmativas**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2006, p. 197.

Aponta Helton Kramer Lustoza que as políticas das cotas raciais não apresentam controle objetivo, pois possibilitarão a concessão de privilégios a pessoas que não deveriam recebê-los. Lustoza exemplifica afirmando que se poderia alcançar vantagem a uma pessoa negra de classe rica e impedir, dessa forma, que um indivíduo pobre e marginalizado receba o benefício, ficando excluído do programa¹³⁶.

Nesse sentido, Roberta Fragoso Menezes Kaufmann refere que a proporcionalidade deve ser observada na adoção das ações afirmativas, a fim de que não venham ferir o princípio da igualdade¹³⁷. Dessa forma, ao se adotar um critério discriminatório, se faz necessário a observância do princípio da proporcionalidade¹³⁸ para dirimir dúvidas se o critério a ser adotado fere ou não o princípio da igualdade.

Para que se possa declarar com firmeza a constitucionalidade das cotas raciais, é necessário estar atento à observação dos princípios da razoabilidade e da igualdade material, que, caso não respeitados, desencadearão a inconstitucionalidade do ato, por ser atentatório a preceito constitucional¹³⁹.

Se faz necessário universalizar o ensino médio e democratizar o ensino superior, para que aqueles que ingressarem neste possam efetivamente concluí-lo, sendo necessária a implementação cuidadosa no que se refere a políticas de ações afirmativas. De outra banda, exigem-se do poder executivo melhores investimentos nos ensinos fundamental e médio, a fim de que a educação se caracterize pela qualidade, que exigiria do poder público investimento em médio prazo¹⁴⁰.

¹³⁶ LUSTOZA, Helton Kramer. O princípio da igualdade na sociedade brasileira pluralista: a questão das cotas raciais em universidades. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 9, n. 38, out/dez, 2009, p. 186.

¹³⁷ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, vol. 10, n. 13, nov. 2007, p. 138. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_13.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2012.

¹³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 305. Grifo do autor. Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (*adequação*); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (*necessidade/vedação do excesso*); c) os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (*proporcionalidade em sentido estrito*). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça ao caso concreto.

¹³⁹ LEAL, Luciana de Oliveira. O sistema de cotas raciais como ação afirmativa no direito brasileiro. p. 19. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/acoes_afirmativas_direito_brasileiro.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2012.

¹⁴⁰ PISCITELLI, Rui Magalhães. **O estado como promotor de ações afirmativas e a política de cotas para o acesso dos negros à universidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 132.

Geram-se, dessa maneira, dúvidas quanto à constitucionalidade das cotas raciais nas universidades, de que critérios seriam adotados, uma vez que, se não forem observados critérios objetivos, proporcionais e razoáveis, pode-se afirmar que resta ferido o princípio da igualdade, tornando-se, dessa forma, inconstitucional.

CONCLUSÃO

Ante à existência de uma sociedade considerada desigual, faz-se necessária a discussão sobre ser a adoção de políticas públicas a solução para se reduzir as desigualdades sociais ou até mesmo aquelas de ordem racial, ou se tal ação poderá ferir princípio constitucional previsto legalmente.

Para que haja a evolução de uma sociedade, não se podiam evitar os conflitos sociais, com isso, profundas mudanças ocorriam no seio social, porém, as desigualdades permaneciam e com elas classes de pessoas eram discriminadas, tanto por serem hipossuficientes economicamente ou pela cor da pele, o que fez com que surgissem políticas públicas para diminuir as desigualdades existentes nas sociedades onde existiam conflitos internos.

As ações afirmativas são consideradas políticas públicas cujo objetivo consiste em beneficiar as minorias, aquelas que eram tratadas de forma desigual e que estivessem sofrendo discriminação, tanto de origem, como de raça ou até mesmo em razão da cor, até que as desigualdades sejam dirimidas. Tais medidas, ao serem adotadas pelo poder público bem como por entidades privadas, podem ser aplicadas até mesmo de forma compulsória.

Historicamente, as ações afirmativas foram inicialmente implementadas na Índia, tendo em vista que determinado grupo de pessoas que eram excluídas da sociedade, pois eram considerados impuros, e que através de reservas de vagas puderam ingressar no ensino superior e ter representação política, promovendo dessa forma a igualdade às castas discriminadas. Já nos Estados Unidos da América, as ações afirmativas foram adotadas com vistas a combater a desigualdade racial que assolava violentamente o país, proporcionando a classe negra ingressar no mercado de trabalho.

No Brasil, os programas de ações afirmativas já vêm sendo adotados em algumas universidades, essas medidas políticas começaram a tomar um novo rumo quando da promulgação da Constituição Cidadã de 1988, mas a efetividade se deu com a participação do Brasil na III Conferência mundial contra o racismo, a discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata, também chamada Conferência de Durban, onde ficou comprometido a implementar políticas públicas para dirimir as desigualdades raciais existentes.

A partir de então, são adotados programas de ações afirmativas com o objetivo de valorizar as pessoas negras. Com isso, surgem posicionamentos contrariando o modo de

aplicação de políticas públicas por parte do governo brasileiro em benefício de indivíduos em razão da origem racial ou da cor da pele, pois se estaria ferindo o princípio da igualdade, o qual está previsto na Constituição Federal de 1988.

O princípio da igualdade estabelece que todas as pessoas sejam tratadas de forma igual, sem discriminações, privilégios ou distinções, e que seria utilizado para coibir desigualdades materiais existente entre os indivíduos de uma determinada sociedade, porém, isso só seria possível desde que apresentadas justificativas prévias e plausíveis para não acentuar ainda mais as desigualdades.

Nesse sentido, o princípio da igualdade apresenta concepção formal e material, e prega uma igualdade de condições, ou seja, uma igualdade real, autorizando a adoção de discriminações positivas para haver paridade de condições e tratamento entre diferentes grupos. Já aquele estabelece que na existência de norma jurídica, esta deverá ser aplicada de forma equânime a todos, sem diferenciações entre as pessoas. A lei é, portanto, imparcial.

A Carta Magna de 1988 regrou o princípio da igualdade formal, em que todos seriam iguais perante a lei, sendo garantida a inviolabilidade do direito à igualdade. Nesse mesmo sentido, todos seriam iguais, proibindo discriminações com base em fatores como origem, raça e cor, mas em vários momentos como objetivo alcançar a igualdade material, com vistas a construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

A adoção dos programas de ações afirmativas, através das cotas raciais no ingresso ao ensino público, dependendo dos critérios estabelecidos pelos programas podem ser tidos como contrários ao princípio da isonomia, ao menos no seu aspecto formal.

Nesse sentido, se estaria criando uma nova forma de discriminação, pois se buscaria promoção de determinadas pessoas em razão da cor, sem, contudo, observar se essas pessoas necessitam ou não de serem beneficiadas, esquecendo daqueles indivíduos considerados marginalizados pela sociedade, preferindo, antes, observar a cor da pele, para depois atender aqueles que efetivamente não possuem condições financeiras para disputar uma vaga em universidades públicas.

Nesse sentido, há ainda de se considerar o fato de que se estaria limitando o acesso a uma pessoa pobre, transferindo o benefício que poderia ser direcionado a esse a outro indivíduo, em razão de sua cor negra, mesmo que de classe mais abastada. Ademais, faz-se

necessária uma observância maior quanto à adoção das políticas de ações afirmativas, pois, se forem criadas diferenciações arbitrárias ou abusivas, serão incompatíveis com a norma constitucional vigente.

Conforme abordado nesta monografia, com base no critério limitador da igualdade, se ocorrer condutas preconceituosas, não serão possíveis pactuar com tendências discriminatórias, ainda mais se isso viola direito e garantia fundamental o qual é dirigido aos cidadãos.

A jurisprudência, antes de o Supremo Tribunal Federal ter definido a questão, o entendimento predominante era pela inconstitucionalidade o ingresso no ensino superior unicamente com base na cor da pele ou raça, sem que se demonstre a razoabilidade de tal política à proporcionalidade e o estabelecimento de critérios objetivos. Sem a observância de tais cuidados resultaria ferido o princípio da igualdade.

Todavia, com o julgamento da ADPF 186, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade das cotas no acesso ao ensino superior, que foi justificada por ser uma política temporária, com objetivo de criar um ambiente de ensino acadêmico diversificado, atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, permitindo a aplicação de métodos compatíveis com a finalidade proposta e por haver compatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Promover uma igualdade inclusiva, democrática e participativa na educação, em especial nas universidades públicas brasileiras, deve ser função das Ações Afirmativas, tendo em vista uma sociedade plural como a nossa e que carece de uma efetiva democracia.

Portanto, as ações afirmativas são constitucionais, pois respeita os princípios da proporcionalidade e a razoabilidade nos meios empregados e os fins perseguidos, alcançando a igualdade de oportunidades e corrigindo as desigualdades sociais existentes em diversos ramos da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rafael Augusto da Costa. **Ações afirmativas:** a luta dos negros brasileiros por reconhecimento jurídico. Revista *Habitus: revista eletrônica dos alunos da graduação em Ciências Sociais- IFCS/UFRJ*, Rio de Janeiro, v. 4, n.1, p. 16-28, 16 abr. 2007. Anual. Disponível em: < <http://www.ifcs.ufrj.br/~habitus/4acoesafirmativas.htm>>. Acesso em: 13 mai. 2011.

ARALDI JR, João Irineu. A teoria constitucional frente ao novo século: Constituição x globalização. *Justiça do Direito*, v. 18, n. 1, Passo Fundo, 2004.

ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; STRASBURG, Adriana. As ações afirmativas como concretização do princípio constitucional da igualdade no âmbito do Estado Democrático Social de Direito. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**. V.1 (2008). Disponível em: < <http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/download/739/520> >. Acesso em 20 mai. 2011.

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

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BEGHIN, Nathalie; JACCOUB, Luciana de Barros. **Desigualdades raciais no Brasil:** um balanço da intervenção governamental. Brasília, IPEA, 2002, p. 16. Disponível em: < <http://www.ufgd.edu.br/reitoria/neab/downloads/desigualdades-raciais-no-brasil-um-balanco-da-intervencao-governamental-2013-jacoudd-beghin>>. Acesso em: 18 mai. 2011.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em 27 de jul. 2011.

BRASIL. Ministério da Educação. PROUNI: Programa Universidade para Todos. Disponível em: < http://prouniportal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=124&Itemid=140 >. Acesso em: 28 ago. 2011.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Instituto Rio Branco. Programa de ação afirmativa do Instituto Rio Branco – PAA. Disponível em: <

http://www.institutorio Branco.mre.gov.br/pt-br/programa_de_acao_afirmativa.xml >. Acesso em: 02 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1132476/PR**. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, julgado em 13/10/2009, DJe 21/10/2009. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=6649277&num_registro=200900623896&data=20091021&tipo=5&formato=PDF > Acesso em: 03 abr. 2012.

BRASÍLIA. Tribunal Regional Federal. Região, 1. **Apelação Cível n.1999.35.00.019412-6/GO**, da Sexta Turma, Relator: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, Brasília-DJF1 p.331 de 21/09/2009. Disponível em: < <http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=199935000194126> >. Acesso em: 04 out. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. **Agravo de Instrumento 5004103-93.2012.404.0000/SC**, da Quarta Turma, Relator: Des. Federal João Pedro Gebran Neto, Porto Alegre, D.E. 28/03/2012. Disponível em: < http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4904873 >. Acesso em: 03 abr. 2012.

_____. Tribunal Regional Federal. Região, 4. **Apelação/Reexame Necessário n. 2009.72.00.001078-7/SC**, da Terceira Turma, Relator: Des. Federal João Pedro Gebran Neto, Porto Alegre, D.E. 04/11/2009. Disponível em: < http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=3070267 >. Acesso em: 03 abr. 2012.

BRASÍLIA. Tribunal Regional Federal. Região, 1. **Apelação Cível n.1999.35.00.019412-6/GO**, da Sexta Turma, Relator: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, Brasília-DJF1 p.331 de 21/09/2009. Disponível em: < <http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=199935000194126> >. Acesso em: 04 out. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional: e a teoria da constituição**. 3.ed. Portugal: Almedina, 1999.

CLÉVE, Clémerson Merlin; RECK, Melina Breckenfeld. As ações afirmativas e a efetivação do princípio constitucional da igualdade. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte: Fórum, n.11, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **Igualdade, desigualdades**. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 1, 1993.

COSTA, Rafael Santiago. Ações afirmativas no ensino superior: uma abordagem da realidade brasileira sob o enfoque legislativo e jurisprudencial. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, abr/jun, 20011.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FERES JR, João. A ação afirmativa no Brasil: fundamentos e críticas. *Econômica*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 291-312, dez. 2004.

_____. João. **Comparando justificações das políticas de ação afirmativa:** Estados Unidos e Brasil. *Estudos Afro-Asiáticos*, v. 29, 2007. Disponível em: <<http://www.ucam.edu.br/ceaa/ceaa/download/revista2007/2007%20-%20artigo%203%20-%20Comparando%20justifica%C3%A7%C3%B5es%20das%20pl%C3%ADticas%20de%20a%C3%A7%C3%A3o%20afirmativa%20-%20EUA%20e%20Brasil%20-%20Jo%C3%A3o%20Feres%20J%C3%BAnior.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2011.

FERREIRA, Daniela Sanchez Ita; CHICANATO, Dionisio de Jesus. Ações afirmativas e a política de cotas raciais dentro do sistema educacional brasileiro. **Revista @reópago Jurídico**, Ano 1, Edição n. 04, outubro/dezembro, 2008, p. 13-20. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao4/a%C3%A7%C3%B5es%20afirmativas%20-%20dionisio-daniela.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2011.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença.** Estado democrático de direitos a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, *apud* CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença:** as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 20, *apud* ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da igualdade e ações afirmativas.** 2. ed, rev. e ampl., São Paulo: RCS Editora, 2006.

_____. Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **As ações afirmativas e os processos de formação da igualdade efetiva.** In: Seminário Internacional as Minorias e o Direito, 2002, Brasília p. 87. Disponível em: <<http://w3.ufsm.br/afirme/ARTIGOS/variados/var02.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2011.

ISHIKAWA, Lauro; GIARDULLI, Érica Taís Ferrara. O princípio da proporcionalidade ancorado na dignidade da pessoa humana na constituição federal. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/13_1764.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2011.

KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, vol. 10, n. 13, nov. 2007. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_13.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2012.

LEAL, Luciana de Oliveira. O sistema de cotas raciais como ação afirmativa no direito brasileiro. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/acoes_afirmativas_direito_brasileiro.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2012.

LEAL, Rogério Gesta. Parâmetros e perspectivas dos limites constitucionais das políticas públicas equalizadoras da igualdade racial no Brasil: em estudo de caso. **RDE Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 14, abr/jun, 2009.

LUSTOZA, Helton Kramer. O princípio da igualdade na sociedade brasileira pluralista: a questão das cotas raciais em universidades. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 9, n. 38, out/dez, 2009.

MAIO, Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura. Política de cotas raciais, os “olhos da sociedade” e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília (UnB). Rio de Janeiro, 2004, p. 26. Disponível em: < <http://www.ifcs.ufrj.br/~observa/trabalhosemandamento/maio-santos-cotasraciaisnaUnB.pdf> >. Acesso em: 10 Set., 2011.

_____. Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura. Política de cotas raciais, os “olhos da sociedade” e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília (UnB). Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ha/v11n23/a11v1123.pdf> >. Acesso em: 08 out. 2011.

MARTINS, Adriana de Fátima; MELO, Belane Rodrigues de. **Políticas de cotas no ensino superior:** a favor da sua implantação. Disponível em: < <http://www.faedf.edu.br/faedf/Revista/AR07.pdf> >. Acesso em: 14 mai. 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Compostura jurídica do princípio de igualdade. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte: Fórum, n.11, 2003.

_____. Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Celso Antônio Bandeira de. **Princípio da isonomia:** desequiparações proibidas e permitidas. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 1, 1993.

MOEHLECKE, Sabrina. **Ação afirmativa:** história e debates no Brasil. *Caderno de Pesquisa*. São Paulo, Nov. 2002, n. 117, p. 204. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742002000300011&lng=pt&nrm=iso >. Acesso em: 14 mai. 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. Alexandre de. **Direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8º. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORO JÚNIOR, Antonio Aparecido. O princípio da isonomia no acesso aos cargos públicos. **Revista DCS online**, Três Lagoas, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, n. 1, novembro, 2007. Disponível em: <http://www.cptl.ufms.br/adm/dcs/artigos_v2/Artigo3_O_principio_da_isonomia.pdf>. Acesso em: 02 set. 2011.

MUNANGA, Kabengele. Políticas de ação afirmativa em benefício da população negra no Brasil: um ponto de vista em defesa de cotas. Disponível em: < <http://www.revistas.ufg.br/index.php/fchf/article/view/515> >. Acesso em: 06 out. 2011.

NERY, Maria da Penha. **Afetividade intergrupala, política afirmativa e sistema de cotas para negros**. Tese (Doutorado em Psicologia) – Instituto de Psicologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p.33. Disponível em: <http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/1917/1/2008_MariaPenhaNery.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

NOGUEIRA, Christiane Vieira. **Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEN, Arabela Campos. Ações afirmativas, relações raciais e política de cotas nas universidades: uma comparação entre os Estados Unidos e o Brasil. **Educação/Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS)**, v.30, n 1, p. 29-51, jan./abr. 2007. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/faced/article/viewFile/539/375>>. Acesso em: 03 set. 2011.

OLTRAMARI, Fernanda. Os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana e a discriminação sexual nos contratos de trabalho. *Justiça do Direito*, v. 18, n. 1, Passo Fundo, 2004.

PEREIRA, Adriane Damian; GORCZEWSKI, Clovis; REIS, Jorge Renato dos (Coord.) **Direitos fundamentais: conhecer para exercer: constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Norton, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*, v. 35, n. 124, jan/abr. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2011.

PISCITELLI, Rui Magalhães. **O estado como promotor de ações afirmativas e a política de cotas para o acesso dos negros à universidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

QUEIROZ, Ari Ferreira de. **Direito constitucional**. 9. ed. Goiânia: IEPC, 1999.

RIO DE JANEIRO. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Departamento de Seleção Acadêmica. Vestibular estadual 2012. Disponível em: <http://www.vestibular.uerj.br/portal_vestibular_uerj/arquivos/arquivos2012/ed/cotas/orientacoes.pdf>. Acesso em: 08 out. 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista trimestral de Direito Público**. 1996. n. 15, p. 87. In: PISCITELLI, Rui Magalhães. **O estado como promotor de ações afirmativas e a política de cotas para o acesso dos negros à universidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

RODRIGUES, Eder Bomfim. A teoria discursiva do direito e as ações afirmativas no Brasil: uma construção procedimental do princípio da igualdade no Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, 2009.

ROSA, Antonio José Miguel Feu. **Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANDIM, Fábio Lucas T. de Menezes Andrade. Breves considerações sobre o elo entre o Estado Democrático de Direito e os Direitos fundamentais trabalhistas. Disponível em: <

<http://www.enamat.gov.br/wp-content/uploads/2010/11/TD08-Fabio-Sandim-BREVES-CONSIDERA%C3%87%C3%95ES-SOBRE-O-ELO.pdf> >. Acesso em: 19 jul. 2011.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de SC. **Apelação Cível n. 2008.014214-4**, da 1ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Vanderlei Romer, Florianópolis, 08/01/2009. Disponível em: < <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp> >. Acesso em: 20 mar. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **A igualdade étnico-racial no direito constitucional: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SILVA, Celso de Albuquerque. Ação afirmativa no âmbito do ensino superior uma análise da constitucionalidade das políticas de cotas para o ingresso em universidades públicas. **RDE Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan/mar, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Selênia Gregory L. da. Ações afirmativas: um instrumento para a promoção da igualdade efetiva. Tese (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiás, 2010, p. 64. Disponível em: < http://www.redeacaoafirmativa.ceao.ufba.br/uploads/ucg_dissertacao_2010_SGLdaSilva.pdf >. Acesso em: 04 set. 2011.

TOMEI, Manuela. **Ação afirmativa para a igualdade racial: características, impactos e desafios**. Brasília: OIT, 2005, p. 57. Disponível em: < http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/acao_afirmativa_igualdade_racial_227.pdf >. Acesso em: 14 mai. 2011.

Universidade de Brasília. Vestibular. Disponível em: < http://www.unb.br/estude_na_unb/formas_de_admissao/vestibular >. Acesso em: 08 out. 2011.

XIMENES, Julia Maurmann. Reflexões sobre o conteúdo do Estado Democrático de Direito. Disponível em: < http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos_upload/Julia%20Maurmann%20Ximenes.pdf >. Acesso em: 16 jul. 2011.

ANEXO A - APELAÇÃO CÍVEL n.1999.35.00.019412-6

BRASÍLIA. Tribunal Regional Federal. Região, 1. **Apelação Cível n.1999.35.00.019412-6/GO**, da Sexta Turma, Relator: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, Brasília-DJF1 p.331 de 21/09/2009. Disponível em: < <http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=199935000194126> >. Acesso em: 04 out. 2011.

E M E N T A

CONSTITUCIONAL. ENSINO SUPERIOR PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PARA RESERVA DE VAGAS (COTAS) PARA ESTUDANTES EGRESSOS DA REDE PÚBLICA DE ENSINO. LEGITIMIDADE ATIVA DO PARQUET PARA PROPOR AÇÕES COLETIVAS NA DEFESA DOS INTERESSES SOCIAIS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS (CF ART. 127). PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AÇÕES AFIRMATIVAS. MÉRITO ACADÊMICO E ISONOMIA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. PRECEDENTES.

1. O pedido de reserva de vagas nos cursos oferecidos por instituições públicas de ensino superior envolve direito individual homogêneo, com nítido conteúdo de interesse social.
2. O Ministério Público possui legitimidade para ajuizar ação civil pública em defesa do direito dos alunos egressos das escolas públicas à reserva de percentual da totalidade das vagas previstas no exame vestibular da Instituição de Ensino Superior (CF, art. 127 e art. 6º, VII da LC 75/93).
3. O Poder Judiciário deve assegurar um patamar mínimo de concretização a valores que afirmem o exercício da cidadania - tal como o acesso à educação superior - quando o processo administrativo-político ainda não foi capaz de efetiva-lo. No caso dos autos, tal atuação legítima e exige a adoção de mecanismos capazes de reduzir o vácuo de oportunidades que distanciam e matizam as classes que compõem a paisagem social brasileira.
4. O ordenamento jurídico brasileiro, notadamente nos artigos 6º, 205, 206 e 208 da Constituição Federal e o artigo 3º, incisos VI e IX, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, dispõe que o ensino será ministrado com base nos princípios de igualdade de condições para acesso e permanência na escola.
5. Não há dúvidas que existe uma séria de desigualdade imposta pela diferença de qualidade do processo educacional oferecido pelas escolas públicas e aquele ofertado pelas escolas particulares. Embora a Constituição preveja oportunidades iguais para todos os cidadãos, a grande maioria dos estudantes que concluem o ensino médio em escolas públicas, por fatores sociais e econômicos, não reúne as mesmas armas para enfrentar com êxito os concorridos vestibulares das instituições públicas de ensino superior, o que, de outra parte, acaba por neutralizar o valor da gratuidade como mecanismo de inclusão social.

6. Nesse sentido, deve prevalecer uma compreensão do princípio da isonomia segundo a visão aristotélica, informado por um juízo de prudência: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. A igualdade somente pode ser cotejada entre pessoas que estejam em situação equivalente, sendo levados em consideração os fatores ditados pela realidade econômica e social, que influem na capacidade dos candidatos para disputar vagas nas universidades públicas.

7. Nesse contexto, em política pública, uma desigualdade de oportunidade será permitida se beneficiar os menos favorecidos. Os bens sociais primários – tais como o acesso a uma educação de qualidade – podem, e devem, ser distribuídos de maneira desigual quando os benefícios alcançados se destinam aos menos favorecidos.

8. Tais considerações permitem concluir que se impõe na hipótese uma ação afirmativa (discriminação positiva), ou seja, a necessidade de diferenciação jurídica de tratamento aos alunos egressos da rede de ensino pública que pretendam ingressar em uma universidade pública.

9. A adoção de cotas constitui um mecanismo excepcional de municiamento a determinados setores, objetivando proporcionar-lhes a igualdade de condições e oportunidades prevista na Constituição Federal.

10. Trata-se de aplicação do direito inclusivo, impondo que o interesse particular não possa prevalecer sobre uma medida de política pública que tem por escopo garantir o amplo acesso dos menos favorecidos ao ensino superior. O direito à inclusão não aceita o sacrifício de um modelo de justiça social apenas para evitar prejuízo particular. Na compreensão da Constituição Federal, adota-se uma hermenêutica inclusiva que efetive os fundamentos e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, como a cidadania, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais.

11. O Judiciário deve garantir um patamar mínimo de acesso ao ensino superior público para alunos oriundos do ensino fundamental e médio da rede pública, como forma de concretizar a igualdade material perseguida no plano constitucional. Definir essa plataforma mínima é tarefa das mais complexas. Muito já se debateu, tendo sido concebidos programas contemplando diversas porcentagens, sem que, todavia, se chegasse a um consenso. Entendo que o Judiciário deva fixar esse mínimo em 10% das vagas, ficando uma reserva maior a critério e dentro da autonomia de cada Instituição de Ensino Superior.

12. Apelação parcialmente provida, para reformar a sentença e julgar procedente, em parte o pedido, assegurando aos alunos egressos de escolas da rede pública o percentual de 10% das vagas previstas no vestibular da Universidade Federal de Goiás.

13. Apelação parcialmente provida, para reformar a sentença e julgar procedente em parte o pedido.

A C Ó R D ã O

Decide a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação.

Brasília, 24 de agosto de 2009.

Juiz Federal CARLOS AUGUSTO PIRES BRANDÃO
Relator (Convocado)