

UNIVERSIDADE LUTERANA DO BRASIL  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO



RUI MAGALHÃES PISCITELLI

O ESTADO COMO PROMOTOR DE AÇÕES AFIRMATIVAS  
E A POLÍTICA DE COTAS PARA O ACESSO DOS NEGROS À UNIVERSIDADE

CANOAS

2007

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

RUI MAGALHÃES PISCITELLI

O ESTADO COMO PROMOTOR DE AÇÕES AFIRMATIVAS  
E A POLÍTICA DE COTAS PARA O ACESSO DOS NEGROS À UNIVERSIDADE

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em  
Direito da Universidade Luterana do Brasil como  
requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.  
Área de concentração: Direitos Fundamentais.  
Orientador: Dr. Wilson Antônio Steinmetz.

CANOAS

2007

RUI MAGALHÃES PISCITELLI

O ESTADO COMO PROMOTOR DE AÇÕES AFIRMATIVAS  
E A POLÍTICA DE COTAS PARA O ACESSO DOS NEGROS À UNIVERSIDADE

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em  
Direito da Universidade Luterana do Brasil como  
requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.  
Área de concentração: Direitos Fundamentais.  
Aprovada em: 25/07/2007

Dr. Wilson Antônio Steinmetz  
(Ulbra, Presidente e Orientador)

Dr. Ingo Wolfgang Sarlet  
(PUCRS, Membro Externo)

Dra. Andrea Nárriman Cezne  
(Ulbra)

Leonel Pires Ohlweiler  
(Ulbra)

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, sobretudo, à Sra. Maria Helena Magalhães Piscitelli e, *in memoriam*, ao Sr. Ruy Orlando Bocaccio Piscitelli, meus muito amados Pais.

Quando nos dedicamos a algum projeto, devemos estar imbuídos de algum propósito maior, pois, no decorrer da caminhada, com tantos obstáculos a vencer, o que realmente não nos deixará desistir é a intensidade de sua força. Pois bem, o meu, no decorrer da elaboração da presente dissertação, foi deixar algo na minha existência que possa honrar os meus Pais e o Tio Beto, pessoas com as quais mantenho um sentimento de real transcendência.

Mãe, a ti, que estás fisicamente me acompanhando neste processo; Pai, a ti, que, espiritualmente, nunca me deixou um dia sequer sozinho: muito obrigado por terem existido na minha vida. Tio Beto, Sr. Roberto Bocaccio Piscitelli, obrigado por me mostrar que o impossível pode se tornar possível.

Por fim, faço um especial agradecimento ao Dr. Wilson Antônio Steinmetz pela orientação diária, não só para o presente trabalho, mas para a vida como um todo, sem a qual este trabalho não teria sido produzido: muito obrigado, Professor.

Não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas: o reconhecimento do direito de não ser escravizado implica a eliminação do direito de possuir escravos; o reconhecimento do direito de não ser torturado implica a supressão do direito de torturar<sup>1</sup>.

Em todo o mundo... Minorias étnicas continuam a ser desproporcionalmente pobres, desproporcionalmente afetadas pelo desemprego e desproporcionalmente menos escolarizadas que os grupos dominantes. Estão sub-representadas nas estruturas políticas e super-representadas nas prisões. Têm menos acesso a serviços de saúde de qualidade e, conseqüentemente, menor expectativa de vida. Estas, e outras formas de injustiça racial, são a cruel realidade do nosso tempo; mas não precisam ser inevitáveis no nosso futuro.

(Kofi Annan, Secretário Geral da ONU, março, 2001)<sup>2</sup>

Pela primeira vez Benjamim consentiu em quebrar sua norma, e leu para ela o que estava escrito na parede. Nada havia, agora, senão um único Mandamento dizendo: **TODOS OS ANIMAIS SÃO IGUAIS MAS ALGUNS ANIMAIS SÃO MAIS IGUAIS QUE OS OUTROS**<sup>3</sup>.

Libertar a história das suas nostalgias de eternidade, virar a ampulheta para produzir extensões de tempo neguentrópico, apreender o Kairos entre acaso e necessidade, conciliar ritmos sociais sempre ameaçados de discronia... Estas são as apostas do compasso de quatro tempos que nos preparamos agora para tocar<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 20.

<sup>2</sup> SILVA, Luiz Fernando Martins da. Estudo sócio-jurídico relativo à implementação de política de ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil: aspectos legislativo, doutrinário, jurisprudencial e comparado. **Ministério da Educação - Brasil**. Disponível em <<http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/estudosociojuridico.pdf>>. Acesso em: 06. jun. 2006.

<sup>3</sup> ORWELL, George. **A Revolução dos bichos**. Trad. Heitor Aquino Ferreira. 2. ed. 2. reimpr. São Paulo: Globo, 2001, p. 112.

<sup>4</sup> OST, François. **O tempo do Direito**. Lisboa: Piaget, 1999, p. 46.

## **RESUMO**

Investigam-se as ações afirmativas para o ingresso de negros nas universidades públicas brasileiras. Situam-se aspectos históricos comparativos. Analisam-se os pressupostos conceituais das ações afirmativas para negros como política pública. Argumenta-se sobre o correto vínculo jurídico entre ações afirmativas e o princípio da igualdade em sentido material. Examinam-se topicamente casos de implantação de políticas de cotas para negros em universidades públicas brasileiras. Conclui-se pela constitucionalidade das políticas de cotas para acesso de negros ao ensino superior público e gratuito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ações afirmativas. Cotas. Negros. Universidades públicas. Constitucionalidade.

## **ABSTRACT**

The affirmative actions for the ingression of blacks in the Brazilian public universities are investigated. Comparative historical aspects are placed. The conceptual estimated ones of the affirmative actions for blacks are analyzed as public politics. One argues on the correct legal bond between affirmative actions and the principle of the equality in material direction. Cases of implantation of politics of reserve for blacks in Brazilian public universities are examined. It is concluded for the constitutionality of the politics of reserve for access of blacks to public and free university education.

**KEY WORDS:** Affirmative actions. Reserve. Blacks. Public universities. Constitutionality.



## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2</b>	<b>A DIFERENÇA ENTRE A DISCRIMINAÇÃO CONTRA O NEGRO PRATICADA NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS PELO VIÉS HISTÓRICO-COMPARATIVO</b> .....	16
2.1	O racismo de marca e o de origem .....	18
2.2	As conseqüências deixadas pelo racismo e a necessidade de cotas raciais, independentemente das sociais .....	22
2.2.1	A autodeclaração .....	29
2.3	Raça biológica e social .....	31
<b>3</b>	<b>A IGUALDADE, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DISCRIMINAÇÃO</b> .....	34
3.1	A evolução dos direitos fundamentais .....	34
3.2	Igualdade formal e material .....	36
3.3	A discriminação direta .....	43
3.4	A discriminação indireta .....	45
3.4.1	O mérito .....	47
<b>4</b>	<b>POLÍTICA DE AÇÕES AFIRMATIVAS RACIAIS</b> .....	50
4.1	Conceitos de ações afirmativas e origem histórica .....	50
4.2	Justificação das ações afirmativas no caso dos negros .....	51
4.3	As cotas são a única solução? .....	56
4.4	Dados estatísticos envolvendo os negros na população brasileira .....	58
4.5	Ações afirmativas no mundo .....	67
4.5.1	Na Índia .....	68
4.5.2	Na África do Sul .....	69
4.5.3	Nos Estados Unidos da América .....	70
<b>5</b>	<b>UMA NECESSÁRIA RELEITURA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA</b> .....	77
5.1	A contextualização constitucional envolvendo as ações afirmativas para o ingresso dos negros na Universidade .....	77
5.2	A Administração Pública, o Judiciário e o Ministério Público frente a esse novo cenário .....	81
5.3	A cogência das regras e dos princípios e a aplicação da proporcionalidade .....	86
5.4	A dignidade humana como supraprincípio .....	93
5.5	Análise institucional da constitucionalidade das ações afirmativas raciais aplicada ao caso brasileiro .....	96
5.5.1	A atuação da Advocacia-Geral da União no caso da UFPR .....	104
5.5.2	O posicionamento do Supremo Tribunal Federal brasileiro .....	105
<b>6</b>	<b>A POLÍTICA DE COTAS RACIAIS PARA O INGRESSO NA UNIVERSIDADE BRASILEIRA</b> .....	109
6.1	Modelos dos vestibulares adotados .....	109
6.1.1	Universidade de Brasília (UnB) .....	109
6.1.2	Universidade Federal do Paraná (UFPR) .....	112
6.1.3	Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) .....	116

6.1.4	Universidade Federal da Bahia (UFBA).....	116
6.1.5	Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP).....	117
6.1.6	Outras Universidades.....	117
6.2	Cuidados necessários quando da aplicação das políticas públicas de ação afirmativa nos vestibulares .....	118
6.3	Experiências envolvendo o setor não-governamental no Brasil .....	124
<b>7</b>	<b>CONCLUSÕES .....</b>	<b>125</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>129</b>
	<b>ANEXO A - PESQUISA MENSAL DE EMPREGO - ESTUDO ESPECIAL SOBRE COR OU RAÇA - IBGE.....</b>	<b>138</b>
	<b>ANEXO B - REDAÇÃO ORIGINÁRIA, EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS E REDAÇÃO DADA PELO RELATOR DEPUTADO FEDERAL CARLOS ABICALIL DO PL Nº 3627/04.....</b>	<b>150</b>
	<b>ANEXO C - BOLETIM INFORMATIVO SOBRE O 2º VESTIBULAR SOB O SISTEMA DE COTAS DA UnB.....</b>	<b>153</b>
	<b>ANEXO D - ANÁLISE DO CENÁRIO INSTITUCIONAL DO SISTEMA DE COTAS DA UnB.....</b>	<b>160</b>
	<b>ANEXO E - ÍNTEGRA DO LEADING CASE JUNTO AO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO SOBRE A IMPLANTAÇÃO DO VESTIBULAR COM COTAS RACIAIS E SOCIAIS NA UFPR .....</b>	<b>162</b>
	<b>ANEXO F - AVALIAÇÃO DO REITOR DA UFPR SOBRE O NOVO PERFIL DA UNIVERSIDADE PÓS-VESTIBULAR COM O SISTEMA DE COTAS.....</b>	<b>167</b>
	<b>ANEXO G - RECURSOS ADMINISTRATIVOS ENVOLVENDO A SELEÇÃO DA UFPR PÓS-COTAS .....</b>	<b>169</b>
	<b>ANEXO H - BATALHA JURÍDICA PARA A IMPLANTAÇÃO DO VESTIBULAR DE COTAS DA UFPR.....</b>	<b>170</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Sabido é que a nossa colonização, da América do Sul, divergiu fundamentalmente da praticada na América do Norte. Ao passo que nossos colonizadores viam nossas terras como mero meio de saqueamento de riquezas para serem levadas à comercialização no mercado interno europeu, diferente sorte teve a colonização setentrional, pois, lá, houve, desde o início, preocupação com o povoamento e a criação, pelas famílias inglesas que para lá foram, de uma nova sociedade, impelidos que foram por motivos religiosos e econômicos de sua terra mãe: a Inglaterra. Essas características são fundamentais para analisarmos a participação do negro aqui e lá. Do lado de cima do Equador, o negro foi, desde o princípio, segregado da sociedade, não se permitindo, institucionalmente inclusive, sua aproximação das famílias brancas; já, nestas terras brasileiras, por seu turno, a miscigenação chegou a tal ponto de sermos considerados, hoje, o país de maior mistura racial do mundo. Daí, então, fazermos um panorama comparativo com a necessidade de aposição de ressalvas em relação ao modelo estadunidense de cotas raciais quando aplicado ao caso brasileiro.

Acerca da justificação da adoção das cotas raciais, bem verdade é que nem só do argumento de compensação podemos, em terras brasileiras, sustentar conceitualmente um regime de cotas raciais, senão nos apoiarmos numa visão redistributivista sócio-econômica e, também, numa visão de sociedade diversificada para o futuro, razão pela qual devemos discutir um modelo próprio de cotas no qual o critério racial não seja o único critério, senão combinado com o critério social.

A igualdade pós-88, não podendo ser lida senão em seu sentido material e com força cogente afirmativa para o Estado brasileiro, exige que entendamos que o negro em nossa sociedade, além do estresse social, também sofre do stress racial, o que fundamenta a necessidade de termos, para o ingresso na Universidade, cotas raciais, ainda que associadas a índices sociais, mas não exclusivamente as cotas sociais para alunos oriundos de escolas públicas. Voltemos ao excerto por nós trazido, acima, do discurso do então Secretário-Geral da ONU, Kofi Annan, em março de 2001 e podemos sentir tal necessidade exarada de seu discurso.

Outro ponto que precisamos entender é que a criação das cotas raciais, tanto por Resoluções quanto por lei para o ingresso nas Universidades, não criará a figura do racismo, senão descortinará sua magnitude hoje ocultada e, tendo como um dos cuidados a fixação de um prazo para a vigência de tal política pública, esperam-se resultados consistentes de maior acesso dos negros nas Universidades brasileiras.

Constitucionalmente, e aqui nosso propósito maior de análise na presente dissertação, quando analisamos o ingresso via ações afirmativas raciais de negros nas Universidades, várias reflexões vêm-nos à reflexão. O inciso V do art. 208 da CRFB é um deles: “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: V- o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”. E, especialmente, o caput do art. 5º da CRFB nos é dado a enfrentar, pois, lá, garante-se o direito fundamental de que todos são iguais perante a lei. Mas, afinal, de que igualdade estamos a tratar? Que espécie de mérito está o Constituinte ordenando?

Preliminarmente quanto a esse ponto fulcral do conceito de igualdade, temos o sentimento claro de que o Estado não pode ficar passivo diante do comando do inciso I do art. 3º da CRFB, o qual diz constituir objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Também, a nossa Carta promete, no inciso III do seu art. 3º, que será perseguida a redução das desigualdades sociais, e, no inciso I do seu art. 206, a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola é garantida. Isso sem falar no inciso IV do art. 3º, o qual ordena ao Estado brasileiro uma tomada de posição ativa em busca da construção de uma sociedade da qual a discriminação estará expulsa.

Outra preocupação para que possa o interesse público prevalecer vem sendo a inexistência de lei instituindo o sistema de cotas; contudo, as Universidades têm se valido do art. 207 da CRFB, entendendo que este deveria ser mais do que o suficiente para justificar a adoção de tal sistema por intermédio de Resoluções próprias, dado que aquele dispositivo é o garantidor da sua autonomia didático-científica.

Aí, então, na harmonização desses dispositivos, reside o centro maior de nossa preocupação quando temos de enfrentar a questão do ingresso na Universidade pública com a adoção do sistema de cotas raciais e sociais, buscando o amparo necessário no sistema jurídico vigente, mas com uma interpretação sistemática e teleológica. Assim sendo, temos de nos ater ao propósito do constituinte de 88 ao elencar os princípios fundamentais e à necessidade de fazermos uma releitura da igualdade, sob o viés daquela trilha hermenêutica no sentido de nos conduzir ao seu sentido material e ativo por parte do Estado. Afinal, segundo VIGO<sup>5</sup>, para que senão para ajudar os operadores do Direito nos difíceis problemas práticos com que nos defrontamos diariamente, servem as teorias?

Primordial, pois, é fazer uma interpretação sistemática e teleológica do nosso Direito Constitucional. Uma leitura literal, regente à época da visão positivista purista, não mais pode atender aos reclamos da sociedade contemporânea. Notadamente a teoria de ALEXY, sobre a

---

<sup>5</sup> VIGO, Rodolfo Luís. **Interpretación constitucional**. 2. ed. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 2004, p. 16.

aplicação da regra da proporcionalidade, nas suas três vertentes e, também, a de que os princípios, assim como as regras, formam o gênero norma, e têm força cogente, tendo-se, muitas vezes de ponderá-los, precisam ser melhor assimiladas pela cultura jurídica nacional, sobretudo pela jurisprudência. Isso sem olvidar da importância do método estatístico para suportar uma análise realista por parte do Magistrado acerca da situação fática que lhe é posta a julgamento. Não se chega a uma opção consciente pela adoção da igualdade material sem passar por esse processo cognitivo-comportamental.

Veja-se, assim, que a questão das cotas para o ingresso nas universidades públicas passa, e muito, por essa problemática. Isso porque a Constituição, com os seus princípios lá arrolados da dignidade da pessoa humana e da obrigatoriedade de o Estado promover políticas que visem à redução de desigualdades entre os cidadãos e demover a discriminação, mormente sob a ótica material, têm, sim, de vincular, independentemente de legislação infraconstitucional, daí porque pensamos que a normatização constitucional hoje vigente já é suficiente para suportar um programa de política pública de cotas raciais para o ingresso dos negros nas Universidades. Pensar diferente seria subordinar a Constituição à sua legislação regulamentadora. Claro que, para isso, deve-se, constantemente, ponderar a aplicação dos princípios nela dispostos, pois colisões podem ocorrer quando da análise de um problema que lhe é posto.

Mas lá vem a interpretação literal do Texto constitucional dada por parte de seus interlocutores, com seu intento de manutenção do status social vigente, sustentando que somente a Constituição expressamente é que poderia instituir critérios que favorecessem determinada parcela da população, no caso, os cotistas raciais. Alguns outros até admitindo que se tratasse do assunto no plano infraconstitucional, mas somente com lei própria, desconsiderando totalmente outro valor constitucional: o da autonomia universitária.

Logo, como já percebido, a discussão maior passa pelo conceito de igualdade material e os tipos de desigualdades associado à regra da proporcionalidade para testar sua constitucionalidade, e o dever que tem o Estado de implementá-lo em sentido substancial para que as desigualdades fáticas sejam minoradas, com vista à paz social: objetivo maior do Direito. Ao Estado, sim, cabe a maior parte dessa missão, visto que, historicamente a ele é debitada a contraparte de prestação dos meios necessários à efetivação do respeito àqueles direitos indisponíveis, ainda que, na última metade do século XX, tal idéia já tenha sido parcialmente modificada com a exigência de vinculação também dos particulares aos direitos

fundamentais<sup>6</sup>. Isso por si só já é suficiente para fazermos a migração do papel estatal, passando de mero garantidor dos direitos de primeira dimensão, na qual podemos incluir a igualdade formal, para a atuação ativa propulsora de desenvolvimento social, aqui, pois, com a leitura sistemática e teleológica da igualdade constitucional, desta feita sob a ótica material.

Tenha-se presente que, nos países em desenvolvimento como o nosso, tais políticas são ainda mais necessárias. Nesses países, além da condição subdesenvolvida em relação aos países mais avançados economicamente, internamente as disparidades são tão ou mais gritantes. Ano após ano mantemos a posição de um dos países com a pior distribuição de renda do mundo, e, também no plano doméstico, a desigualdade sói crescer. Ainda pior é a situação dos negros no Brasil. Comprovando isso, tome-se, como exemplo, a cidade de Salvador, na qual cerca de 82% da população é negra, sendo lá, justamente, que temos a pior concentração de renda de nosso país<sup>7</sup>. Aqui também podemos concluir pela insuficiência de uma política de cotas sociais tão-somente, na medida em que, pelos dados estatísticos que veremos, a pobreza é mal distribuída, ou seja, o negro é muito mais pobre que o branco.

Dado isso, pensamos, a educação é um remédio muito eficaz para o alcance de melhores condições sociais para a população negra, hoje marginalizada, visto que não devemos retroceder à época do assistencialismo acomodador, mas, sim, munir a população negra, hoje tão alijada até das camadas médias da população, com condições que lhe permita efetivamente disputar seu espaço na sociedade. Mas essas condições passam por uma equalização do ponto de partida. E o ensino universitário entra em cena como condição necessária para a conquista dos melhores postos de emprego.

No entanto, aí temos um grande óbice à superação desse grande problema, haja vista que as Universidades públicas têm a maioria absoluta das suas vagas ocupadas pelos mesmos membros do *status quo* vigente, retratada aquela situação social acima apontada por Bobbio. Com recursos escassos, típico de países em desenvolvimento como o nosso, é necessário que tais verbas sejam aplicadas tendo em vista os ditames traçados pelo Constituinte originário da igualdade material, promoção de medidas ativas contra a discriminação e do respeito, acima de tudo, à dignidade humana. Só que, para a consecução de tal intento, repetimos, o ordenamento jurídico deve ser interpretado de maneira sistemática e teleológica, visto que a leitura simplesmente literal está a serviço da situação vigente, como já pontuamos.

Para isso, conhecer a doutrina nacional e internacional sobre as ações afirmativas também foi nossa preocupação, além de trazer a experiência da adoção do sistema de cotas

---

<sup>6</sup> DISTRITO FEDERAL. STF. RE nº 201.819, Segunda Turma. Recte: U.B.C. Recdo: A.R.V. Relatora: Min. Ellen Gracie. Relator Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 11 de outubro de 2005. DJU, pp.00064, 27/10/2006.

<sup>7</sup> Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u88076.shtml>>. Acesso em: 04. jan. 2007.

raciais já posta no Brasil, não esquecendo também de pontuar questões cruciais que não podem ser olvidadas para o sucesso do programa, como a temporariedade da política, a necessidade de conjugação do fator racial com o social, a melhoria progressiva do ensino público fundamental e médio, a previsão de programas de apoio aos cotistas e a manutenção da proporção de cotistas em relação à população negra de cada Estado-membro.

Em síntese, pretende-se, ao final, responder à seguinte indagação: até que ponto o Estado brasileiro, no seu dever de tomar ações afirmativas, como no caso presente das cotas raciais para o acesso ao ensino universitário, garantindo aos negros os quais muito dificilmente antes teriam acesso a uma Universidade Pública, não estaria agindo em desconformidade com o ordenamento vigente?

Para ilustrar a importância dos direitos fundamentais via igualdade material, e sua necessária relação com o Estado democrático de Direito, trazemos o escólio de SARLET<sup>8</sup> quando traz como requisito para a legitimação da idéia de Estado de Direito o respeito aos direitos fundamentais, notadamente o da liberdade e o da igualdade e à dignidade humana. Essa necessária correlação igualdade material-Estado democrático de Direito também é exemplificada por RIBEIRO<sup>9</sup>: “...no contexto do paradigma do Estado democrático de direito, somente é possível promover o princípio da igualdade se forem consideradas as diferenças entre as pessoas, ora compensando-as, ora respeitando e promovendo-as, como em relação às diferenças culturais”.

Por fim, devemos ler o presente trabalho atentando para a conexão necessária entre democracia, pluralismo e igualdade, como bem defendida por SANTOS<sup>10</sup>: “Aqui novamente sobressaem-se os fins da democracia - já adjetivada como pluralista -, pois que a existência de um mínimo patamar de igualdade é necessária para que sejam garantidos todos os diferentes interesses e direitos, uns sem prejuízo dos outros”. E por GALUPPO ressaltando a igualdade para a consecução de uma sociedade verdadeiramente pluralista<sup>11</sup>:

Nesse sentido, só garantindo a igualdade é que uma sociedade pluralista pode se compreender também como uma sociedade democrática. Conseqüentemente, só permitindo a inclusão de projetos de vida diversos em uma sociedade pluralista é que ela pode se autocompreender como uma sociedade democrática..., mesmo que tais projetos alternativos requeiram, em algumas situações, uma aplicação

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 72. Sobre o sentido material da igualdade adotado pela CRFB de 88, vide p. 204.

<sup>9</sup> RIBEIRO, Guilherme Wagner. Os paradigmas constitucionais, o princípio da igualdade e o direito à educação. **Revista de Informação Legislativa**, ano 37, n. 148, out./dez., 2000, p. 256.

<sup>10</sup> SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas**. Porto Alegre: SAFE, 2006, p. 60.

<sup>11</sup> 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.

aritmeticamente desigual do direito, ou seja, justificadas pela produção de mecanismos de inclusão, como no caso das políticas de ação afirmativa.



## 2 A DIFERENÇA ENTRE A DISCRIMINAÇÃO CONTRA O NEGRO PRATICADA NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS EXPLICADA PELO VIÉS HISTÓRICO-COMPARATIVO

Quanto à origem discriminatória do negro, não há como não trazermos a questão da escravidão. Nas palavras de RUIZ<sup>12</sup>:

Há uma relação muito próxima entre a escravidão a que foram submetidos os negros e a recusa às pessoas de cor negra... O estigma em relação aos negros tem sido reforçado pelos interesses econômicos e sociais que levaram os povos negros à escravidão. Daí o negro ter se convertido em símbolo de sujeição e inferioridade. Esse conceito negativo sobre o negro foi forjado.

Neste ponto, precisamos, antes de mais nada, entender a diferença com que o negro foi introduzido nas sociedades norte-americana e brasileira. Isso possibilitará com que não caiamos na tentação de, simplesmente, reproduzir o modelo de ações afirmativas lá praticado, de cotas raciais simplesmente, desconsiderando nossas peculiaridades, com o que poderíamos, ao invés de promover a igualdade material, provocar um desajuste ainda maior na sociedade brasileira.

Os nossos colonizadores portugueses tiveram, desde suas origens, uma formação miscigenada, com o enlace dos elementos humanos árabe, europeu e africano tendo contribuído para tal<sup>13</sup>. Assim sendo, em suas navegações exploratórias além-mar, essa cultura de mistura racial já estava a impregnar os seus modos-de-vida. A complementar tal cenário, o português, vindo para as viagens de exploração econômica no final do século XV, lembrando que o assentamento nas primeiras capitânicas somente se deu em face da ameaça de tomada do território pelos ingleses e espanhóis, não trazia sua família, a qual o ficava esperando na Europa. Interessante constatação de KAUFMANN sobre o papel transigente da Igreja para com tal situação: “O problema da falta de mulheres brancas a acompanhar as primeiras frotas ao Brasil fez com que até a Igreja Católica observasse com mais tolerância os relacionamentos extraconjugais dos exploradores portugueses”<sup>14</sup>. Constata-se essa atitude da Igreja no fato de que esta defendia a cristianização dos negros no Brasil, em oposição à prática estadunidense, na qual proibia o batismo aos negros. Logo, em sendo desde o princípio planejada uma viagem de fins exclusivamente econômicos, exploratórios, com o intento de levar grandes carregamentos de produtos primários e minerais para comercialização nas metrópoles européias, e o fato de somente homens serem seus integrantes, não houve

<sup>12</sup> RUIZ, Maria Tereza. **Racismo: algo más que discriminación**. San José da Costa Rica: Colección Análise, 1998, p. 100.

<sup>13</sup> KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 31 e segs.

<sup>14</sup> KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. Op. cit., 2007, p. 39.

como evitar o contato sexual, num primeiro momento entre o branco e o índio, com o nascimento de caboclos. Indígena este que, diga-se de passagem, muito se prestou ao trabalho braçal, somente sendo abandonado, não pela consagração do mito de ser tido como avesso ao trabalho, mas pela perspectiva de um outro negócio lucrativo paralelo ao comércio de produtos na Europa, qual seja, o tráfico negreiro, com o qual em muito lucraram os poderosos integrantes da monarquia e nobreza portuguesas.

Com a introdução, então, do trabalho escravo na cultura açucareira, e, após, no ciclo mineiro do ouro, os habitantes daqui se miscigenaram ainda mais, dando origem aos cafuzos e mulatos. Registre-se que a escravidão só se encerra no Brasil por forte pressão inglesa<sup>15</sup>, a qual teve por objetivo formar um mercado interno em nosso País, para escoamento de sua produção, e, para isso, precisava de relações sociais assalariadas, nas quais o trabalhador desejasse a acumulação de capitais, com a reprodução do sistema capitalista. O negro, no sistema mantido pelos portugueses, era um entrave a esse objetivo inglês, visto que aquele somente tinha como visão a de não se desgastar mais do que o necessário para o trabalho, visto que somente seu corpo poderia lhe dar condições de sobrevivência. Assim em FURTADO<sup>16</sup>: “Sendo o trabalho para o escravo uma maldição e o ócio um bem inalcançável, a elevação de seu salário acima de suas necessidades - que estão definidas pelo nível de subsistência de um escravo - determina de imediato uma forte preferência pelo ócio”. Ainda, sob o ponto de vista do mantenedor do escravo, este requeria o seu pleno financiamento, dado que, para comprá-lo, tinha investido recursos financeiros, ao passo que, o trabalhador imigrante, chegado no Brasil no decorrer do século XVIII, tinha de se manter por conta e risco próprios, sem necessidade de investimentos prévios por parte dos donos do capital, sobretudo da lavoura cafeeira. Portanto, o atraso econômico dos negros em relação aos brancos no Brasil foi nessa época gestado. Na lição de KAUFMANN<sup>17</sup>:

Por seu turno, é importante destacar que ao escravo liberto não foi concedido qualquer tipo de benefício ou de assistência governamental. Após séculos de escravidão física, não houve qualquer incentivo para que conseguissem prosperar sozinhos. Decerto, a igualdade jurídica sob a ótica estritamente formal, não os tornou cidadãos. A situação econômica de inferioridade, desse modo, perpetuou-se, já que abandonados à própria sorte, tiveram de batalhar para conseguir a inserção no mercado de trabalho.

De outra banda, tanto os proprietários de escravos, quanto os imigrantes europeus assalariados, tiveram incentivo estatal nestas terras brasileiras: aqueles, com indenizações no

---

<sup>15</sup> A edição do Bill Aberdeen, em 1845, apenas com o aprisionamento pela Marinha inglesa os navios negreiros.

<sup>16</sup> FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 10. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1970, p. 140.

<sup>17</sup> KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 82.

valor de 600 mil réis por escravo liberto<sup>18</sup>; estes, trazidos da Europa num sistema análogo ao do colonizador inglês ido para os Estados Unidos, com garantia da venda antecipada da sua força de trabalho, o que lhe proporcionava um capital inicial.

Diferentemente, todavia, foi a colonização das colônias norte-americanas. Para lá imigraram ingleses com suas famílias, os quais desejavam, por motivos religiosos e econômicos, construir uma nova sociedade em terras americanas, mantendo o modelo de seus lares, no que podemos chamar de um colonialismo de povoamento. O negro, quando introduzido ao trabalho escravo, o foi já segregado, inclusive institucionalmente pelo Estado. Vemos isso claramente até quase o final do século XX, quando negros e brancos, em muitos Estados norte-americanos, tinham de ter sistemas de transporte e educacional, dentre outros, separados. Como veremos ao tratar do modelo norte-americano de cotas raciais, a manutenção de estudantes negros e brancos na mesma escola foi uma evolução construída com o tempo. A questão do ódio interracial se explica por esses fatos, então. Grupos violentos como a *KuKlux Klan* e os *black power* têm formação muito sólida em uma sociedade na qual o próprio Estado se encarregou de legislar promovendo a discriminação racial em prejuízo dos negros. Assim, o critério racial tão-somente se justifica nessa sociedade, visto que tanto os negros ricos ou pobres eram submetidos a essa segregação.

Finalizando este panorama comparativo, com base na realidade norte-americana, mas, sem motivo de não aplicarmos, neste ponto, ao caso brasileiro, DWORKIN<sup>19</sup> deixa posto: “Seja como for, a admissão preferencial de negros diminuiria a diferença de riqueza e poder que existe atualmente entre os diferentes grupos raciais, tornando a comunidade mais igualitária em termos gerais”.

## 2.1 O racismo de marca e o de origem

Assim, em consequência da diferença de filosofia colonialista e os reflexos que, decorrentes dela, fizeram-se na formação das sociedades brasileira e norte-americana, sobre a origem da discriminação sofrida, o Brasil diverge fundamentalmente do critério adotado nos Estados Unidos. Lá, pratica-se o preconceito de origem, de caráter genético; aqui, em terras pátrias, predomina o de marca, de matiz fenotípica, daí o fato de a autodeclaração assumir papel de grande relevância no nosso sistema, dado que a discriminação é pela aparência, não pela ancestralidade, o que é tão bem definido por NOGUEIRA, em estudo produzido na

<sup>18</sup> Cfme. § 1º do art. 1º da lei nº 2040, de 28/09/1871.

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 351.

década de 50, patrocinado pela UNESCO a fim de entender as relações interraciais no Brasil<sup>20</sup>:

Considera-se como preconceito racial uma disposição (ou atitude) desfavorável, culturalmente condicionada, em relação aos membros de uma população, aos quais se têm como estigmatizados, seja devido à aparência, seja devido a toda ou parte da ascendência étnica que se lhes atribui ou reconhece. Quando o preconceito de raça se exerce em relação à aparência, isto é, quando toma por pretexto para as suas manifestações, os traços físicos do indivíduo, a fisionomia, os gestos, os sotaques, diz-se que é de marca; quando basta a suposição de que o indivíduo descende de certo grupo étnico, para que sofra as conseqüências do preconceito, diz-se que é de origem.

Nesse mesmo estudo, NOGUEIRA indica 12 distinções entre os dois tipos de preconceito, quais sejam, os de marca e o de origem. Dentre eles, destacamos o fato de, naquele, prevalecer o dogma da cultura; enquanto, neste, o da raça e, também o de que, naquele, há uma preterição do negro; ao passo que, neste, há uma exclusão desse indivíduo

Ainda sobre a diferença do racismo praticado nos Estados Unidos e no Brasil, explicável pelo cenário com que o negro foi lá e aqui introduzido, temos que o racismo, lá, o de origem, leva mesmo a que pessoas com muito dinheiro, não agüentem a pressão da sociedade pela cor de sua linhagem, e tentem adotar um modo “branco” de ser. Já, aqui no Brasil, o racismo de marca faz com que os negros bem sucedidos sofram menos e quase já não sejam tratados segregadamente. Assim, em nosso país, diminuir a desproporção entre brancos e negros pobres, hoje altamente desvantajosa para estes, deve ser uma preocupação constante do Estado brasileiro, incumbido que é de cumprir os desígnios da CRFB, e, para isso, deve empreender ações positivas nesse sentido da implantação das cotas raciais<sup>21</sup>.

Ratificando o caráter de marca do racismo praticado no Brasil, vemos em AMORIM:

Perceba-se que o indivíduo é discriminado não pela porcentagem de genes característicos da raça negra que está presente em seu corpo, mas sim pela aparência física que ostenta. Ou seja, para discriminar o negro, qualquer pessoa de senso mínimo sabe apontar um indivíduo da raça negra, mas para beneficiar, com o pouco que seja, a identificação de um negro torna-se extremamente difícil e causa celeuma nacional.

A resistência à implementação de um sistema de cotas que beneficie a raça negra, nada mais revela senão o preconceito racial tão arraigado na nossa cultura latino-americana.<sup>22</sup>

Quando tematizamos as relações raciais, temos presentes três correntes, a saber, a contribuição da miscigenação, a econômica e a econômico-discriminatória. A primeira tem

<sup>20</sup> NOGUEIRA, Oracy. **Tanto preto quanto branco: estudos de relações raciais**. São Paulo: T. A. Queiroz, 1985, p. 79.

<sup>21</sup> Vide inc. IV do art. 3º da CRFB, com o significado do vocábulo “promover”, devendo-se lê-lo nesse sentido positivo.

<sup>22</sup> AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. Sistema de cotas. Disponível em <<http://www.universojuridico.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=2302>>. Acesso em: 15. jan. 2007.

seu berço nas lições de Gilberto Freire, autor de *Casa Grande e Senzala*: sobrados e mucambos, e sustenta, verdadeiramente, a importância da contribuição do negro para a formação da sociedade brasileira, e não a simples democracia racial, como, infelizmente, o fez ficar conhecido<sup>23</sup>; a segunda, defendida por Florestan Fernandes, reconhece a desigualação do negro na sociedade atual, e a debita à origem subalterna a que eles foram submetidos, logo, optando por uma visão histórico-econômica, e, assim o fazendo, acredita que, com o passar do tempo, os negros se afastarão cada vez mais de seus ascendentes sem oportunidades, vindo a desfrutar, naturalmente, das mesmas chances que os brancos com o correr das gerações; a última, por fim, exposta por Hasembalg, a despeito de não desconsiderar que já haja um alijamento natural que a economia impinge às pessoas, o que afeta tanto os brancos quanto os negros pobres, conclui que o negro, além disso, sofre da discriminação social em virtude de sua diferença estigmatizada, qual seja, a cor. Desde já, filiamo-nos à vertente de HASEMBALG, que muito bem resume seu pensamento<sup>24</sup>:

Sem dúvida alguma, a grande maioria dos negros e mulatos no Brasil é exposta aos mesmos mecanismos de dominação de classe que afetam outros grupos subordinados. Mas, além disto, as pessoas de cor sofrem uma desqualificação peculiar e desvantagens competitivas que provêm de sua condição racial.

Também FRASER<sup>25</sup> nos alerta que os negros, além da discriminação econômica, sofrem a racial, num duplo sistema de preconceitos. Aquela discriminação a autora denomina problema de distribuição; esta, de problema de reconhecimento, consistindo, a última, numa cultura que provoca sérios abalos à auto-estima dos negros.

A constatação de que os negros são mais pobres do que os brancos também nos é trazida pelo Relatório de Desenvolvimento Humano do ano de 2005, realizado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, senão que 64,1% dos pobres no Brasil são negros e, o que é ainda pior, essa situação vem se agravando, na medida em que, de 1992 a 2001, o número absoluto de brasileiros de baixa renda diminuiu em 5 milhões, ao passo que o contingente nessa categoria considerando somente os negros aumentou em 500 mil pessoas<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 102.

<sup>24</sup> HASEMBALG, Carlos A. **Discriminação e desigualdades raciais no Brasil**, Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 20.

<sup>25</sup> FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento: dilemas da justiça na era pós-socialista. Tradução Márcia Prates. In: SOUZA, Jessé (Org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Ed. da UnB, 2001, p. 245-282.

<sup>26</sup> Dados disponíveis em <[http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh/rdh2005/rdh2005b\\_indicadores.pdf](http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh/rdh2005/rdh2005b_indicadores.pdf)>. Acesso em: 25. out. 2006.

Na doutrina, muito pertinente a pergunta que nos lança HENRIQUES, a qual muito bem por ele já é respondida<sup>27</sup>:

Será que a pobreza está democraticamente distribuída em termos raciais, preservando um perfil socioeconômico sem viés racial? Não. Os negros representam 45% da população brasileira, mas correspondem a cerca de 65% da população pobre e 70% da população em extrema pobreza. Os brancos, por sua vez, são 54% da população total, mas somente 35% dos pobres e 30% dos extremamente pobres. Os diversos indicadores de renda e riqueza confirmam que nascer negro no Brasil implica maior probabilidade de crescer pobre...

Para melhor entendermos este ponto, devemos nos ater à história da classificação das raças no Brasil<sup>28</sup>. O Brasil teve seu primeiro recenseamento em 1872, distribuindo o quesito “cor” em quatro tipos, quais sejam, branco, preto, caboclo e pardo. No segundo recenseamento, datado de 1900, houve uma pequena alteração, vigorando os tipos branco, preto, caboclo e mestiço, esta última substituindo a classificação de pardos do censo anterior. Nos recenseamentos de 1900 a 1920 o quesito “cor” não foi coletado. No censo de 1940 o elemento amarelo foi incluído. Interessante anotar que, no auge da ditadura militar, em 1970, o quesito “cor” foi retirado das pesquisas, na tentativa de demonstração de que nossa sociedade era democrática racialmente<sup>29</sup>, voltando a ser pesquisado somente na década seguinte, quando a classificação de “cor” em branco, preto, pardo, indígena e amarelo veio a ser oficializada, sendo aplicada até presentemente. Sobre a figura dos pardos, apresenta-nos SILVA a problemática surgida na década de 80:

Paralelamente, discutiu-se com demógrafos(as), aliados(as) à luta dos movimentos Negro e de Mulheres Negras, a viabilidade de adotar-se o termo identificador negro, em substituição a pretos e pardos, por ser esta a forma de identificação política adotada pelo MN brasileiro para congregar as pessoas de origem africana nascidas no país. O intento não foi alcançado, porque a substituição de categorias classificatórias quebraria a comparabilidade das pesquisas. Entretanto, desde então, tem sido usual que diversos setores, comprometidos com o combate às desigualdades raciais, analisem de forma agregada as informações estatísticas relativas a pretos e pardos, constituindo, desta forma, o contingente negro. Para além do sentido político, este somatório de pretos e pardos tem sido possível, porquanto os diferenciais entre estes dois grupos são estatisticamente insignificantes.

Assim, no Brasil, desde 1991, a classificação oficial de autodeclaração adotada pelo o IBGE toma o negro como uma característica fenotípica, abarcando, nela, os pretos e os pardos. Em consequência disso, temos de entender quais pessoas estão englobadas no

<sup>27</sup> HENRIQUES, Ricardo. Silêncio - o canto da desigualdade racial. In: Organização Ashoka empreendimentos sociais e Takano Cidadania. **Racismos contemporâneos**. Rio de Janeiro: Takano, 2003, p. 14-15.

<sup>28</sup> SILVA, Cidinha da. Definições de metodologias para seleção de pessoas negras em programas de ação afirmativa em educação. In: SILVA, Cidinha da, et. al. **Ações afirmativas em educação: experiências brasileiras**. São Paulo: Summus, 2003, p. 41-42.

<sup>29</sup> Legislativamente a supressão da informação do quesito “cor” já tinha se concretizado com alterações na lei de registros públicos, pela lei nº 6216/75, art. 55, a qual fez-se por não mais constar a previsão da declaração da cor no registro civil do nascimento do registrando.

conceito de negro. Para o IBGE, dentro desse rótulo, estão os pretos e os pardos, e, aí então, é que começa uma grande celeuma sobre o assunto para aqueles que não aceitam a inclusão dos pardos como beneficiários das cotas raciais para o ingresso nas Universidades. No entanto, quando analisamos indicadores de desigualdades, vemos que os pardos são a grande maioria entre os negros. Os pardos são aqueles que têm na cor - característica fenotípica - alguma descendência africana, e, por isso, também são discriminados. Tal cenário nos é bem apresentado por CARVALHO:

As cotas foram dirigidas para os negros baseadas no princípio de que os dois contingentes, pretos e pardos, englobam a gama de discriminados fenotipicamente no Brasil. Enfim, buscam compensar a desigualdade sofrida pelos pardos que são também pretos aos olhos dos brancos racistas.<sup>30</sup>

Concluindo este ponto, temos que, socioeconomicamente, os pardos em muito se assemelham à situação vivida pelos pretos, a qual é muito inferior à dos brancos, havendo uma forte linha de divisão brancos e não-brancos na sociedade brasileira a gerar conseqüências que marcam profundamente os negros, e se refletem nas estatísticas que comprovam a desproporcionalidade na participação da pobreza, em saldo muito negativo para os não-brancos<sup>31</sup>.

## **2.2 As conseqüências deixadas pelo racismo e a necessidade de cotas raciais, independentemente das sociais**

Todas as manifestações práticas do racismo têm um desastroso ponto em comum: os seus efeitos. Utilizadas de maneira sutil ou evidente, constituem um ato ilegal e deixam em sua passagem marcas psicológicas sérias e problemáticas. Afetam diretamente a auto-estima de uma pessoa e do grupo ao qual ela pertence, dada a força com que os estereótipos se integram à própria identidade dos indivíduos. Bem constataremos isso quando analisarmos qualidades vistas como positivas e negativas, e sua correlação com a cor, ainda neste trabalho, trazidas de uma pesquisa. É comum o desenvolvimento de um sentimento exacerbado de superioridade nos membros de um grupo dominante, em contraposição a um sentimento de inferioridade nos membros de um grupo discriminado<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> CARVALHO, José Jorge de. **Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior**. São Paulo: Attar, 2005, p. 73.

<sup>31</sup> FERES JÚNIOR, João. Aspectos normativos e legais das políticas de ação afirmativa. In: FERES JÚNIOR, João e ZONINSEIN Jonas (Orgs.). **Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas**. Brasília: Ed. da UnB, 2006, p. 46-62.

<sup>32</sup> BRASIL, Ministério do Trabalho. **Brasil, gênero e raça. Todos unidos pela igualdade de oportunidades**. Brasília: Fundalc, 1998.

Ou, nas palavras de CARVALHO, analisando os reflexos na auto-estima da população negra causados pelo sistema de reserva de vagas, antevê o Autor que a disputa por elas tenderá a crescer muito, demonstrando que o negro brasileiro, além do estresse social, realmente sofre mais um, qual seja, o estresse racial, sendo, pois, o negro pobre muito mais prejudicado do que o branco pobre no Brasil, provocando que sua auto-estima seja mais baixa do que a do branco<sup>33</sup>.

O mais provável é que a abertura de cotas atue positivamente sobre a auto-estima da população negra e o contingente de candidatos negros cresça consideravelmente. Estudantes negros também de outros estados da nação, que até agora têm se intimidado diante da elitização do nosso vestibular, tentarão suas chances através do sistema de cotas. Eis porque acreditamos que esses 20% de vagas sejam disputados intensamente.

Na mesma linha, SILVA<sup>34</sup>:

A situação deficitária de acesso à educação e ao trabalho dos negros tem raízes que remontam ao colonialismo e à escravidão, produzindo ainda hoje nefastos resultados. Como a discriminação racial está presente na área educacional o desenvolvimento e a especialização dos afrodescendentes ficam prejudicados, discriminados que são duplamente pela condição racial e socioeconômica, culminando na dificuldade de êxito escolar e de acesso a posições melhor remuneradas no mercado de trabalho. Esse quadro gera um círculo vicioso de pobreza, insucesso escolar e marginalização social.

Assim também ZONINSEIN quando nos indica que a autoconfiança dos negros pode ser em muito beneficiada com a inclusão dos beneficiários das ações afirmativas raciais na elite social, tendo em vista a criação de modelos a serem seguidos<sup>35</sup>.

Para introduzirmos a problemática de se a inserção via ação afirmativa, na sua espécie da política de cotas, deve focar o critério social, o critério racial, ou ambos, trazemos à luz ponderação de QUEIROZ<sup>36</sup>:

Embora o Brasil seja um país de população diversa racialmente, portador de uma história de profundas desigualdades entre negros e brancos, as análises sobre o caráter seletivo da educação têm se centrado, de modo geral, no exame dos determinantes econômicos, negligenciando o efeito de outros marcadores sociais, como o gênero e a raça, que têm, seguramente, uma forte participação na equação

<sup>33</sup> CARVALHO, José Jorge de. **Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior**. São Paulo: Attar, 2005, p. 48.

<sup>34</sup> SILVA, Luiz Fernando Martins da. Estudo sócio-jurídico relativo à implementação de política de ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil: aspectos legislativo, doutrinário, jurisprudencial e comparado. **Ministério da Educação - Brasil**. Disponível em <<http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/estudosociojuridico.pdf>>. Acesso em: 06. jun. 2006.

<sup>35</sup> ZONINSEIN, Jonas. Minorias étnicas e a economia política do desenvolvimento, p. 63-78. In: FERES JÚNIOR, João e ZONINSEIN Jonas (Orgs.). **Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas**. Brasília: Ed. da UnB, 2006.

<sup>36</sup> QUEIROZ, Delcele Mascarenhas O vestibular e as desigualdades raciais. In: OLIVEIRA, Iolanda de et al. **Negro e Educação - Identidade negra - pesquisas sobre o negro e a educação no Brasil**. Rio de Janeiro: Vozes, 2003, p. 7-8.



que exclui significativas parcelas da sociedade das oportunidades de acesso ao sistema de ensino, sobretudo no seu patamar mais elevado.

No entanto, para termos um fator discriminante justificável sob o prisma da igualdade material, como trazemos aqui, qual seja, a cor, tal ponto não deve ser arbitrário senão fruto da constatação fática no seio da sociedade, daí o suporte nas estatísticas que apresentaremos. A respeito, muito bem nos assinala SANTOS:

Ao considerar a delimitação do campo dessa pesquisa, há um único público-alvo focado: os negros. Assim sendo e atentando para a definição de ações afirmativas, faz-se necessário saber se os pós-graduandos da UnB concordam que os negros são discriminados racialmente no Brasil ou, como afirma Guimarães (1997), se esse grupo racial vive, de fato, uma situação de inferiorização no âmbito social geral, visto que um dos grandes problemas em discutir ações afirmativas para os negros no Brasil deve-se ao fato de não haver um consenso substancial na sociedade brasileira sobre a desigualdade racial, premissa fundamental para ensejar a adoção de políticas afirmativas.<sup>37</sup>

E a justificação de tal diferenciação em prol das cotas raciais deve ser buscada na inferiorização da inserção do negro na sociedade em relação ao branco. Abaixo, trazemos importantes relatos colhidos de uma escola de ensino fundamental do Estado de São Paulo, que muito bem expõem que a discriminação do afeto em muito prejudica a auto-estima da população negra:

Estudos recentes da pedagoga Eliane dos Santos Cavalleiro, entre outros autores, demonstraram o contrário. Ao realizar a sua pesquisa de Mestrado em uma escola de educação infantil municipal na região central de São Paulo que atende a uma população de baixa renda, Cavalleiro concluiu que a origem racial condiciona um tratamento diferenciado na escola, ou seja, que o cotidiano da educação infantil é marcado por preconceitos e discriminações raciais de professores contra os alunos negros. Segundo Cavalleiro, em um de seus exemplos a familiaridade com a dinâmica da escola permite perceber a existência de um tratamento diferenciado e mais afetivo dirigido às crianças brancas. Isto é bastante perceptível quando analisado o comportamento não-verbal que ocorre nas interações professor/aluno branco, caracterizadas pelo natural contato físico acompanhado de beijos, de abraços e de toques. Isso é bastante visível no horário da saída, quando os pais começam a chegar para pegar seus filhos. Observando o término de um dia de aula, foi possível contabilizar um número três vezes maior de crianças brancas sendo beijadas pelas professoras em comparação às crianças negras: dez crianças brancas para três negras. Também durante as atividades, é possível constatar a existência de um tratamento mais afetivo em prol da criança branca. Desse modo, na relação com o aluno branco as professoras aceitam o contato físico através de abraço, beijo ou olhar, evidenciando um maior grau de afeto. O contato físico demonstrou ser mais escasso na relação professor/aluno negro. As professoras ao se aproximarem das crianças negras mantêm, geralmente, uma distância que inviabiliza o contato físico. É visível a discrepância de tratamento que a professora dispensa à criança negra, quando comparamos com a criança branca.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> MARTINS, S. da S. Ação afirmativa e desigualdade racial no Brasil. Estudos feministas, v.4, n.1, p. 202. Apud: SANTOS, Sales Augusto dos. Ação afirmativa e mérito individual. In: OLIVEIRA, Iolanda de, et al. **Negro e Educação - Identidade negra - pesquisas sobre o negro e a educação no Brasil**. Rio de Janeiro: Vozes, 2003, p. 24-25.

<sup>38</sup> CAVALLEIRO, Eliane dos Santos. Do silêncio do lar ao silêncio escolar: racismo, preconceito e discriminação na educação infantil. São Paulo: Contexto, 2000, p. 213-214. Apud: SANTOS, Sales Augusto dos.

E também de CAVALLEIRO colhemos relato da discriminação sofrida na prática pelos negros<sup>39</sup>:

A familiaridade com a dinâmica da escola permite perceber a existência de um tratamento diferenciado e mais afetivo dirigido às crianças brancas. Isso é bastante perceptível quando analisado o comportamento não-verbal que ocorre nas interações professor/aluno branco. Nela é natural o contato físico, acompanhado de beijos, de abraços e de toques. Isso é bastante visível no horário da saída, quando os pais começam a chegar para pegar seus filhos. A menina Solange (branca) despede-se da professora com um beijo e esta retribui. Observando o término de um dia de aula, foi possível contabilizar um número três vezes maior de crianças brancas sendo beijadas pelas professoras em comparação às crianças negras: dez crianças brancas para três negras.

SANTOS também nos traz outro caso extremamente chocante, que muito bem retrata o processo de inferiorização que o negro sofre desde a sua infância<sup>40</sup>:

Pode-se citar como exemplo dessas conseqüências graves o que ocorreu numa escola pública municipal, em Hortolândia, interior do estado de São Paulo, em 24 de setembro de 1997. Por não entender o que a professora estava dizendo, uma aluna negra, de 9 anos, resolveu chamá-la usando a expressão tia. A educadora que estava substituindo a professora responsável pela turma reagiu da seguinte maneira: Olhe para minha cor e para a sua. Veja se posso ser sua tia. No mesmo dia e na mesma aula, outro aluno também negro a chama novamente de tia. A professora se irrita novamente, coloca o braço dela junto ao dele e responde: Está vindo como somos diferentes: Não posso ser sua tia!. Depois desse acontecimento, o rendimento escolar da aluna caiu. Segundo a mãe da aluna, no fim do ano letivo, ela (a filha) chorava sem parar e começou a reclamar de fortes dores pelo corpo. Seus braços e pernas ficaram paralisados, ela não andava e voltei a lhe dar banho e comida na boca.

SILVEIRA reforça a diferença abissal de tratamento dada aos brancos e aos negros e suas conseqüências nefastas para a formação do futuro cidadão<sup>41</sup>:

Refletindo sobre trajetórias escolares de estudantes oriundos de famílias atingidas pelo fenômeno da pobreza aliado ao do racismo que atinge as famílias negras, estudos, como os de Hasenbalg, Rosemberg e Barcelos, entre outros, descobrem informações importantes para a compreensão do peso que têm as relações raciais como co-produtoras de diferenças significativas nas condições de vida dos negros brasileiros, pela determinação de suas histórias de vida escolar e de trabalho. Em grande parte, as trajetórias apresentam-se erráticas, marcadas por descontinuidades e defasagens em comparação às de outros grupos raciais.

A sociedade identifica perfeitamente quem é negro para efeitos discriminatórios, e muito bem, não tendo suporte fático suficiente a alegação de que a identificação dos

Ação afirmativa e mérito individual. In: OLIVEIRA, Iolanda de, et al. **Negro e Educação - Identidade negra - pesquisas sobre o negro e a educação no Brasil**. Rio de Janeiro: Vozes, 2003, p. 28.

<sup>39</sup> CAVALLEIRO, Eliane dos Santos. **Do silêncio do lar ao silêncio escolar: racismo, preconceito e discriminação na educação infantil**. São Paulo: Contexto, 2000, p. 72.

<sup>40</sup> SANTOS, Sales Augusto dos. Ação afirmativa e mérito individual. In: OLIVEIRA, Iolanda de, et al. **Negro e Educação - Identidade negra - pesquisas sobre o negro e a educação no Brasil**. Rio de Janeiro: Vozes, 2003, p. 29, citando Raça Brasil, ano 6, n. 53, jan., 2001, p. 82.

<sup>41</sup> SILVEIRA, Marly. Pluralidade cultural ou atualidade do mito da democracia racial? In: BENTO, Maria Aparecida Silva et al. **Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000, p. 59-60.

beneficiários negros é impossível numa sociedade altamente miscigenada como a nossa. Assim sendo, por que não transformamos essa fácil identificação para discriminar em um sentido de selecionar os beneficiários para serem alvo de uma ação afirmativa? Nessa esteira, trazemos a alarmante discriminação na área da saúde pública brasileira<sup>42</sup>:

### **Negro morre mais de causa indefinida**

Sexta, 27 de outubro de 2006, 18h06

Alan Infante, da PrimaPagina

A proporção de pretos e pardos com causa de morte mal definida foi quase o dobro da registrada entre os brancos em 2004. O atestado de óbito de 16,1% dos negros (13,2% das pessoas de cor preta e 16,8% das de cor parda) que faleceram naquele ano não deixa claro o que provocou a morte, enquanto para os brancos o percentual é de 8,7%. O Ministério da Saúde, que disponibiliza os dados através do Datasus, atribui a diferença a um erro protocolar dos médicos, que não especificam, no atestado, o motivo do falecimento. Alguns especialistas em saúde vêem nos números um forte indício de discriminação racial no atendimento. Para eles, o dado sugere que é maior o percentual de negros que morrem sem receber assistência médica.

A diferença estatística é o resultado da discriminação racial dos serviços de saúde, afirma a psicanalista Marta de Oliveira, da Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro. Tudo indica que isso está ligado à falta de acesso à saúde a que a população negra está exposta, comenta. Segundo ela, grande parte das mortes com causa mal especificada poderia ter sido evitada com cuidados médicos simples, como pré-natal. As negras têm menor acesso ao pré-natal e, quando têm, o pré-natal que elas fazem é de baixa qualidade. Por isso, a mortalidade das gestantes negras é maior. Só isso já mostra o quanto é defasada a saúde para os negros, pois a mortalidade materna é emblemática nesse sentido. Ela indica a qualidade da assistência de maneira geral, afirma. A diferença nos dados é apenas o final dessa cadeia de desassistência, completa.

A pesquisadora Sony Santos, sanitarista da Diretoria de Vigilância em Saúde da Secretaria de Saúde do Recife, concorda com Marta. Para ela, a desigualdade nos números é reflexo da baixa qualidade do atendimento a que pretos e pardos têm acesso. Há diferença na atenção a brancos e negros. Existem estudos científicos que mostram isso. Um trabalho da pesquisadora Maria do Carmo Leal, da Fiocruz Fundação Oswaldo Cruz, mostra que, no Rio de Janeiro, a quantidade de anestésico aplicada nas gestantes negras na hora do parto é menor do que a aplicada nas brancas. Exatamente porque existe uma cultura de que as negras suportam mais a dor, afirma.

Além da distinção na assistência médica oferecida a brancos e negros, a maior exposição dos negros à violência influencia essa diferença de taxas, segundo a pesquisadora. Os negros, por serem na maioria pessoas de baixa renda, estão mais expostos à violência. Muitos deles são vítimas de homicídio e enterrados sem passar pelo IML Instituto Médico Legal ou pelo Serviço de Verificação de Óbito. Não há interesse na verificação da causa de morte. Daí a falta de informação, declara.

Para advertir os gestores e profissionais de saúde sobre o problema racial na assistência médica e incentivar ações de melhoria do atendimento para pretos e pardos, organizações do movimento negro de todo o país estabeleceram, com o apoio do PCRI (Programa de Combate ao Racismo Institucional, desenvolvido pelo governo federal com o apoio do PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), 27 de outubro como Dia Nacional de Mobilização Pró-Saúde da População Negra. A definição da data tem o objetivo de alertar sobre o problema da discriminação na saúde e de desencadear uma série de ações voltadas à melhoria da assistência médica a que os negros têm acesso. Estão programadas atividades como palestras e seminários em secretarias de Saúde estaduais e municipais.

<sup>42</sup> Disponível em <<http://terramagazine.terra.com.br/interna/0,,OI1216390-EI6582,00.html>>. Acesso em: 28. out. 2006.

Dada essa discriminação praticada diariamente, CRUZ fundamenta a necessidade de termos cotas raciais, além das sociais, demonstrando que a visão tão-só econômica não é suficiente para a resolução do problema hoje enfrentado pelos negros no Brasil<sup>43</sup>:

Todavia, a discriminação não pode ser encarada como um fenômeno puramente econômico, mesmo que, especialmente nos casos da mulher e do negro, existam causas/fatores de caráter econômico que concorreram para seu aparecimento. Fosse de outra maneira, deveríamos encontrar uma solidariedade de homens e mulheres, brancos e negros, heterossexuais e homossexuais, são e portadores de deficiência numa mesma classe social. No entanto, não é o que se percebe. Mesmo o mais humilde camponês encontra prazer em sentir-se homem, pois essa condição lhe permite uma posição de superioridade na comunidade, algo que o diferencia e o torna mais aceitável socialmente. Assim, também o operário branco que se sente melhor e com direitos a maiores benefícios do que os operários negros. A discriminação não deve, pois, ser enfocada apenas sob o prisma do dado econômico, ignorando elementos socioculturais, antropológicos e psicológicos essenciais ao tema. Tanto o marxismo quanto o neoliberalismo mostram-se incapazes de uma correta abordagem do problema.

Na mesma linha da dupla discriminação sofrida pelos negros, a despeito de firmar a diferença entre a discriminação norte-americana e brasileira contra o negro, assenta KAUFMANN que, lá, a causa exclusiva é a cor, ao passo que, no Brasil: “... Há fortes indícios de que, pelos menos, dois fatores concorrem para a exclusão do negro brasileiro: a cor e a classe econômica desfavorável”<sup>44</sup>.

FERES JÚNIOR; ZONINSEIN, reforçando a necessidade de termos cotas raciais, independentemente das sociais, trazem-nos que o crescimento econômico fruto do Estado de bem-estar social não resolveu o problema da discriminação racial<sup>45</sup>.

Bem assim GUIMARÃES: “Existe um resíduo nas explicações sobre as desigualdades de renda, educação e habitação, saúde, etc. que deve ser atribuído a diferenças raciais”<sup>46</sup>.

De outra banda, temos KAMEL<sup>47</sup>, o qual não admite ligação entre o fato de ser o negro mais pobre do que o branco e, conseqüentemente, o de ter menos acesso ao ensino. Simplesmente sentencia que, quem tem mais estudo, ganha mais, não completando o círculo lógico de que o negro não tem mais estudo porque pertence em maioria à condição social que não lhe permite. Assim se posiciona: “Os amarelos estudam mais e, por isso, ganham mais. Nada a ver com a cor...” Contudo, logo adiante, surpreendentemente, admite que o negro sofre as conseqüências nefastas do preconceito em virtude de participar mais do que

<sup>43</sup> 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. 171.

<sup>44</sup> KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 225.

<sup>45</sup> FERES JÚNIOR, João; ZONINSEIN Jonas (Orgs.). **Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas**. Brasília: Ed. da UnB, 2006, p. 11.

<sup>46</sup> GUIMARÃES, Antônio Sérgio. **Racismo e anti-racismo no Brasil**. São Paulo: Ed. 34, 1999, p. 186-187.

<sup>47</sup> KAMEL, Ali. **Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006, p. 60.

proporcionalmente das estatísticas sociais da pobreza: “Como os negros são a maioria entre os pobres, uma relação automática e inconsciente entre pobreza e negritude se estabelece, e o preconceituoso destrata o negro...”<sup>48</sup>. Definitivamente, assim não podemos concordar com o autor pela negativa de ações afirmativas para esse grupo racial, ainda que ele próprio reconheça que o negro deveria ser merecedor de tal política em face de sua violenta exclusão social em relação ao não-negro.

Da mesma forma como também não entendemos a, no mínimo aparente, contradição lógica nos argumentos empreendidos pelos organizadores do recentíssimo livro *Divisões Perigosas*<sup>49</sup>, dado que chegam a expressamente professar que “Vivemos numa sociedade de enormes desigualdades sociais e na qual o preconceito e a discriminação raciais existem. A solução para o combate ao racismo, no entanto, não pode absolutamente ser a construção de políticas públicas com base na raça”. Igualmente, sobre as políticas públicas de ações afirmativas afirmam os autores, na mesma ocasião, “Os projetos pretendem, em suma, transformar a nação brasileira em uma nação dividida em duas metades - uma feita de brancos e a outra, de negros”. Ora, quer os projetos em tramitação junto ao Congresso Nacional, quer as Resoluções de Universidades já vigentes, os quais abaixo analisaremos mais detidamente, não criam a divisão em raças do Brasil, senão reconhecem aos olhos do Direito o que há muito já está cristalizado na sociedade, como veremos também abaixo, nas estatísticas que apresentaremos. E, no nosso sentir, esses projetos de lei e Resoluções têm uma grande vantagem: reconhecendo juridicamente essas diferenças criarão condições fáticas para que elas venham a diminuir no futuro próximo. Não dar-lhes trânsito livre seria o mesmo que descriminalizar o estupro, com a alegação de que as mulheres que são, infelizmente, vítimas desse tipo penal não ficam integradas na sociedade pelo simples fato de acorrerem a Delegacias de Polícia e fazerem um boletim de ocorrência. Assim, descriminalizaríamos o tipo do estupro. Isso certamente não atingiria o que ordenou o Constituinte de 88.

Esperamos, assim, também ter respondido à colocação que entendemos não ser apropriada de Ferreira Gullar: “O problema não é de cor, é de desigualdade”<sup>50</sup>.

Veja-se, ao final, que, no Brasil, temos bons instrumentos para punir a discriminação racial direta, iniciando pelo próprio texto constitucional e seguindo na legislação ordinária<sup>51</sup>; contudo, tal combate não é suficiente, pois envolto em uma neutralidade por parte do Estado,

<sup>48</sup> KAMEL, Ali. **Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006, p. 103.

<sup>49</sup> FRY, Peter; MAGGIE, Yvonne; MAIO, Marcos Chor; MONTEIRO, Simone e SANTOS, Ricardo Ventura (Orgs.). **Divisões perigosas: políticas raciais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 14.

<sup>50</sup> Cfme. artigo publicado no Jornal “Correio Braziliense”, de 25/07/2006, p. 2.

<sup>51</sup> Inc. XLII do art. 5º da CRFB e leis ordinárias nrs. 7716/89 e 9459/97.

devendo este, de forma positiva, promover efetivamente medidas de diferenciação jurídica de tais grupos alijados da sociedade, visando a aproximá-los de uma equalização fática, em respeito à igualdade material<sup>52</sup>.

### 2.2.1 A autodeclaração

Ainda, não de somenos importância, é a discussão do critério para que um candidato concorra no vestibular dentro das cotas raciais, destacando-se nas Universidades que já adotaram tal política o da autodeclaração associado a uma análise da discriminação racial sofrida dos pretendentes às cotas. Historicamente, a autodeclaração tem pautado a tipologia da cor no Brasil, como já expusemos. Conseqüência da discriminação de marca que os negros sofrem, a característica fenotípica, no dia-a-dia, é facilmente distinguível aos olhos da sociedade. Outra importante constatação nos é trazida por SARMENTO<sup>53</sup>:

O mito da democracia racial, durante muito tempo acalentado entre nós, provou-se nada mais do que isso: apenas um mito, que, no seu ufanismo, anestesia as consciências e posterga o enfrentamento de um dos mais graves problemas nacionais. E nem é preciso recorrer à contundência das estatísticas para derrubar o famigerado mito. Para quem tem olhos de ver, basta um giro pelos shopping-centers ou restaurantes freqüentados pela elite em qualquer centro urbano do país para constatar a exclusão social dos negros, que, no entanto, estão muitíssimo bem representados em outros espaços menos glamourosos, como os presídios e as favelas.

Perante esse quadro, reproduzimos a pergunta feita por CORRÊA, logo após muito bem respondida por ele próprio no sentido da apreensão da identificação racial fenotípica pela sociedade<sup>54</sup>:

Aparentemente, xingamentos são corriqueiramente ouvidos por jogadores negros que atuam em times espanhóis e ninguém parece ter dúvidas sobre eles serem racistas, por serem dirigidos a quem são. Inversamente, por que é então tão difícil qualificar como negro alguém que possa ser alvo de tais ofensas ?... Ou seja, se a identidade (esse termo tão esgarçado) dos envolvidos está, como dizem os autores, em constante rearticulação, há uma disputa política em andamento na nossa sociedade sobre qual a feição que tal identidade deverá ter e, assim, é perfeitamente legítimo tanto defender a existência de cotas na universidade quanto criticar sua aprovação.

<sup>52</sup> 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. 44.

<sup>53</sup> SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 140.

<sup>54</sup> CORRÊA, Mariza. Os ciclistas de Brasília. In: STEIL, Carlos Alberto (Org.). **Cotas raciais na Universidade: um debate**. Porto Alegre: Ed. da UFRGS, 2006, p. 119.

No entanto, é aconselhável, ao lado da autodeclaração, a existência de bancas de avaliação dos candidatos às cotas raciais, com a obediência ao rito do processo administrativo, inclusive com a existência de recursos próprios, com o intuito de evitar as fraudes raciais. Assim como bem defendido por SILVA, reportando-se à metodologia adotada pela UnB<sup>55</sup>:

As metodologias para definir pessoas negras nos programas de ação afirmativa têm seguido a autodeclaração, basicamente. Concordamos que este é, realmente, o modo mais adequado. Entretanto, sempre que possível e cabível, sugerimos as entrevistas a candidatos(as) classificados(as), conduzidas por especialistas negros(as) e brancos(as) que, quer por meio da vivência, quer pela prática política ou pela pesquisa acadêmica e, principalmente, pela sensibilidade, possuam habilidades para os distinguir negros(as) de ocasião e negros(as) emergentes de pessoas autodeclaradas negras com uma história de vida marcada pelo racismo. Estamos chamando de negros(as) de ocasião aquelas pessoas oportunistas e/ou desonestas que se declaram negras com o fim exclusivo de conseguir uma vaga, cujo acesso não seria possível, caso se declarassem brancas, morenas ou quase brancas, como fizeram a vida inteira. Em algumas situações o(a) negro(a) de ocasião se sente discriminado(a) por motivações não raciais (pobreza, local violento onde reside, orientação sexual, maternidade precoce), entre outras, não acha justo que haja um programa específico para negros(as) e não para ele(a) que se julga tão esforçado(a) e/ou inferiorizado(a). Para além do fenótipo, o(a) negro(a) de ocasião (facilmente desmontável em uma entrevista com pessoas especializadas), infiltra-se nos vestibulares em que há cotas para pardos(as) ou afrodescendentes (casos da Uerj e da UnB), haja vista que não é possível entrevistar milhares de pessoas nesse tipo de processo seletivo. Entretanto, a nosso ver, o oportunismo e a desonestidade de certas pessoas não deve se constituir em obstáculo para o prosseguimento da política de cotas. Faz-se necessário afinar os instrumentos para impedir que esses(as) bilionários locupletem-se da desigualdade racial. Um exemplo a ser seguido é o da UnB, que define sujeitos negros(as) (conceito político que congrega os(as) descendentes de africanos(as) trazidos(as) para o Brasil, detentores (as) de uma história de discriminação e desigualdade, intrinsecamente determinada pelo racismo) em seu Plano de Metas para Integração Social étnica e Racial, abordado detalhadamente no primeiro artigo deste livro.

Digno de nota é a capacidade das bancas de entrevistas de candidatos se dizentes afrodescendentes na caracterização social da discriminação racial, independentemente da de caráter biológico<sup>56</sup>:

Por fim, há os(as) candidatos(as) negros(as), pessoas que, como já dissemos, para além da autodeclaração e das características físicas, têm uma história de vida que as situa no quadro de heranças dos povos de origem africana espalhados pela diáspora, têm em comum os limites impostos pelo racismo nos aspectos culturais, políticos, educacionais, institucionais, estruturais, enfim. Não é difícil saber quem é negro(a), tampouco ir até os lugares nos quais os(as) negros(as) se encontram para dar-lhes a boa notícia sobre os primeiros resultados da luta travada há mais de um século para produzir condições de igualdade racial. Em caso de dúvida pode-se dispor dos conhecimentos dos(as) responsáveis pela manutenção do *status quo*, especialistas em discriminar, ou, alternativamente, pode-se recorrer à experiência, ao acúmulo temático, reflexivo e transformador das organizações negras. São mais de setecentas em todo o país. Nós sabemos quem é negro(a), conseqüentemente, sabemos a quem

<sup>55</sup> SILVA, Cidinha da. Definições de metodologias para seleção de pessoas negras em programas de ação afirmativa em educação. In: SILVA, Cidinha da et. al. **Ações afirmativas em educação: experiências brasileiras**. São Paulo: Summus, 2003, p. 47.

<sup>56</sup> SILVA, Cidinha da. Op. cit., 2003, p. 61.

as políticas e programas de ação afirmativa para a promoção da igualdade racial devem se dirigir e estamos prontos(as) para seguir rompendo barreiras e abrindo caminhos para que a dignidade e a humanidade plena floresçam.

Ainda sobre o ponto, vemos o escólio de ARAÚJO<sup>57</sup>:

A percepção social da cor e a escolha e/ou atribuição de categorias de cor é uma operação complexa que envolve não apenas uma apreensão de características fenotípicas, aqui imbuídas de valor e carregadas de significado, mas em que as categorias compõem um sistema e esta operação se processa num contexto de interação social.

Isso nos mostra que o negro é fenotipicamente reconhecido quando para discriminá-lo. A pergunta é: por que não utilizar esse critério para identificá-lo quando se trata de lhe minorar essa própria discriminação?

### 2.3 Raça biológica e social

Discussão que vem atrelada à adoção da política de cotas raciais é acerca da própria existência biológica desta, que vem tendo o veredito de inexistência por parte da ciência<sup>58</sup>:

Recente pesquisa do biólogo Alan Templeton comprovou, cientificamente, a inexistência de diferenças raciais significativas no genoma humano. Ao comparar mais de 8000 amostras genéticas, o pesquisador constatava que as diferenças genéticas entre grupos das mais distintas etnias são insignificantes. Para que o conceito de raça tivesse validade científica, essas diferenças teriam de ser muito maiores.

E também conforme o geneticista Craig Venter, numa visão científica sobre o assunto, também pela inexistência de raças sob o viés biológico<sup>59</sup>:

O DNA é o fio da vida que liga os seres humanos. Negros, brancos, índios e asiáticos partilham 99,99% dos genes. O conceito de raça não tem base genética. A cultura e o meio em que se vive influenciam muito mais na determinação dos grupos étnicos do que as letrinhas químicas que integram o código genético.

Por relevante para a descaracterização da figura de uma raça biológica, veja-se que até mesmo doenças que eram tidas da raça negra, como a anemia falciforme, hoje não mais as são, ou pelo menos não deveriam ser, necessariamente correlacionadas à raça, no caso negra. Em estudo recente, ao qual remetemos pela clareza da exposição sobre um tema tão polêmico,

<sup>57</sup> ARAÚJO, Tereza Cristina N. **A classificação de “cor” nas pesquisas do IBGE: notas para uma discussão.** Caderno de Pesquisa, São Paulo, n. 63, nov., 1987, p. 14-15.

<sup>58</sup> GODOY, Norton. Somos todos um só. In: Revista “Istoé”, de 15 de novembro de 1998. 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. 149.

<sup>59</sup> Declaração constante de Relatório elaborado pelo Projeto Genoma humano e pela Celera Genomics, divulgado oficialmente na Europa, em Tóquio e em Washington, disponível em <<http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0177.pdf>>. Acesso em: 25. out. 2006.



pesquisadores concluíram que a média do traço da anemia falciforme em quilombos brasileiros, 3,7, foi bem menor do que a média verificada nos países africanos<sup>60</sup>. Isso demonstra que os negros, dependendo de outros fatores social-geográficos, podem desenvolver mais ou menos a mesma doença.

Logo, quando constatamos a discriminação racial, temos de ter como fundamento diferenciador a desigualdade de sua inserção nas boas estatísticas socioculturalmente, e não o fator genético. Defender este critério para elegermos os beneficiários das ações afirmativas raciais levaria a uma desmoralização científica desse intento. A respeito<sup>61</sup>:

Assim, por maiores diferenças biotípicas, entre escandinavos, asiáticos, africanos e esquimós, o genótipo deles indica uma única raça na espécie do Homo sapiens. Logo, o racismo deve ter suas origens trabalhadas no âmbito sociocultural e não das ciências naturais.

Na doutrina, PINHO ratifica a posição de a raça geneticamente não ter influência sobre a sociabilização; ao invés disso, a cultura passa a ser a responsável pela discriminação hoje praticada<sup>62</sup>:

Na verdade, o termo raça refere-se ao uso de diferenças fenotípicas como símbolos de distinção social. Significados raciais são, nesse sentido, culturalmente e não biologicamente construídos, distinguindo-se, a partir da inserção nestas categorias, lugares sociais dominantes e dominados. Raça é, assim, síntese de diferenças fenotípicas, mas também de status, de classe, de diferenças, em suma, políticas, portanto, podemos dizer que relações de raça são relações de poder. A partir deste ambiente, constituído por relações raciais, modos de consciência racial emergem; tal consciência é definida como o resultado dialético do antagonismo entre grupos sociais justamente definidos como raças no curso de um processo histórico.

Assim sendo, quando nos referimos à raça, devemos entender seu sentido como sendo social, e não biológico. Nas palavras de GUIMARÃES, assim definimos uma raça sob esse viés: “construtos sociais, formas de identidade baseadas numa idéia biológica errônea, mas eficaz socialmente, para construir, manter e reproduzir diferenças e privilégios”<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> PEDROSA, M. A. F.; FERREIRA, L. B.; OLIVEIRA, S. F. Anemia falciforme em antigos quilombos. *Ciência Hoje*, Rio de Janeiro, v. 35, n. 211, p. 84-85, 2004.

<sup>61</sup> 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. 149.

<sup>62</sup> Cfme. trecho tirado da resenha feita por Osmundo de Araújo Pinho, publicado na revista *Estudos afro-asiáticos*, ano 24, n. 2, 2002, 416, do livro do cientista político african-american Michel Hanchard, intitulado: *Orfeu e Poder. Movimento Negro no Rio e São Paulo*. Rio de Janeiro: Ed. da UERJ/UCAM-Centro de Estudos Afro-asiáticos, 2001.

<sup>63</sup> GUIMARÃES, Antônio Sérgio. **Raças e os estudos de relações raciais no Brasil**. *Novos Estudos Cebrap*. São Paulo, n. 54, jul., 1999, p. 147-156.

Portanto, críticas ao programa como a de que “O novo racialismo a que assistimos no Brasil contemporâneo é um empreendimento de restauração do conceito de raças humanas”<sup>64</sup> e de que “Do ponto de vista genético e bioquímico, não se descobriu nenhum critério válido para juntar ou separar as pessoas”<sup>65</sup> são muito pobres, ao tentar vender a idéia de que a classificação se daria por um caráter genético, de origem. Como já assentamos e ainda repisaremos, no Brasil, o critério racial deve ser, e como já está sendo feito nos processos seletivos, visto sob uma ótica social, fenotípica, de marca. Por que tais críticos não exploram fundamentadamente isso?

Veja-se que a falta de lógica nas suas argumentações chega a ser tão grande que, mesmo entre os opositores do critério racial como objeto das políticas de ação afirmativa, há severo dissenso, chegando PENA<sup>66</sup> a concordar que, fenotipicamente, é, e muito, possível distinguir um negro de um branco: “Em outras palavras, pode parecer fácil distinguir fenotipicamente um europeu de um africano ou de um asiático, mas tal facilidade desaparece completamente quando procuramos evidências dessas diferenças ‘raciais’ no genoma das pessoas. **As diferenças entre os grupos humanos continentais - ou seja, o que se costumava chamar ‘raças’ humanas - estão literalmente à flor da pele!**” (grifo apostro)

Por fim, no âmbito jurídico nacional, o STF já declarou que o conceito de raça deve ser entendido sob o viés cultural, diante da desprezível diferença genética entre os diversos grupos étnicos. Assim deixou assentado<sup>67</sup>:

Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

Tal muito bem confirma que o caráter racial a que visamos beneficiar pelo programa de cotas é o de origem cultural, de marca, e não científica, de origem.

<sup>64</sup> FRY, Peter; MAGGIE, Yvonne; MAIO, Marcos Chor; MONTEIRO, Simone e SANTOS, Ricardo Ventura (Orgs.). **Divisões perigosas: políticas raciais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 21.

<sup>65</sup> BENJAMIN, César. Tortuosos caminhos In: FRY, Peter; MAGGIE, Yvonne; MAIO, Marcos Chor; MONTEIRO, Simone e SANTOS, Ricardo Ventura (Orgs.). **Divisões perigosas: políticas raciais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 30.

<sup>66</sup> PENA, Sérgio. Receita para uma humanidade desracializada. In: FRY, Peter; MAGGIE, Yvonne; MAIO, Marcos Chor; MONTEIRO, Simone e SANTOS, Ricardo Ventura (Orgs.). **Divisões perigosas: políticas raciais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 39.

<sup>67</sup> HC 82.424, em 17/09/2003.

### 3 A IGUALDADE, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DISCRIMINAÇÃO

#### 3.1 A evolução dos direitos fundamentais

De pronto, a título de definição, devemos ter que direitos fundamentais e direitos humanos são conceitos muito próximos, na medida em que, aqueles, temos na seara interna de um País, de forma positivada, ao passo que, estes, têm conotação para o direito internacional, independentemente da ordem constitucional de cada país, de caráter, portanto, supranacional<sup>68</sup>.

Os direitos humanos, originariamente, tiveram como função fazer com que o Estado não interferisse, ou o fizesse no menor grau possível, na autonomia privada dos cidadãos, ou seja, os direitos dos indivíduos perante o Estado se caracterizavam como de defesa<sup>69</sup>. O cenário de então, com a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 1789, - marcos do início da era contemporânea - estava ainda muito ressentido pelo Estado absolutista até então vigente.

Sobre o termo gerações de direitos, SARLET prefere descartar o seu uso, em prol do termo dimensão, pois, este sim, denota a complementariedade entre os direitos sucessivamente, e não, substitutividade, como faz expressar aquele primeiro vocábulo<sup>70</sup>.

Nesse estágio, que a doutrina convencionou chamar de primeira dimensão, as garantias aspiradas diziam respeito à liberdade individual, de empresa e de pensamento. A igualdade formal bastava em um momento em que os agentes econômicos participavam de um sistema de livre concorrência. Assim o vemos em ALEXY: “Los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado son derechos a acciones negativas (omisiones) del Estado”<sup>71</sup>.

Contudo, a sociedade se transformava rapidamente, e, ao Estado, não era mais suficiente que garantisse somente os direitos de defesa aos cidadãos. A Revolução Industrial, como efetivamente provocou crescimento econômico, também aumentava cada vez mais a desigualdade na repartição da riqueza.

No final do século XIX, surgem movimentos sociais e, com eles, novas concepções filosóficas e econômicas. Karl Marx foi um dos maiores críticos do sistema então vigente, diagnosticando a concentração de renda que estava sendo gerada pelo processo de

---

<sup>68</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 35.

<sup>69</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., 2004, p. 54.

<sup>70</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., 2004, p. 53.

<sup>71</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 419.

industrialização, fazendo com que cada vez mais o excedente do tempo de trabalho dos operários fosse apropriado pelos donos dos fatores de produção. Nas palavras de PINHO<sup>72</sup>:

O capitalismo atomizado e concorrencial do início do século XIX cederá lugar a um capitalismo molecular ou de grandes concentrações econômicas, de forte tendência monopolística; o Estado abandonará sua passividade de simples guardião da ordem para interferir, cada vez mais, no campo econômico...

Assim, surgem os direitos fundamentais de segunda dimensão, calcados nos ideais sociais das Constituições do México, 1917, e de Weimar, 1919, demonstrando uma preocupação para que o Estado, sim, interfira positivamente na sociedade, justamente nos âmbitos econômico, social e cultural. Veja-se: aqui já falamos de ações positivas do Estado na sociedade.

Sobre o assunto, que toca diretamente ao objeto da presente dissertação, a igualdade: “...estes direitos fundamentais, no que se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram abraçados ao princípio da igualdade, entendida esta num sentido material”<sup>73</sup>.

Nessa quadra, o Estado passa a ter uma participação ativa na sociedade. Na história do século XX, passamos a conviver com o *Welfare State*, o Estado de bem-estar social. Progressivamente, mais recursos públicos são destinados a gastos sociais, como saúde, educação e previdência social. O Estado passa a ser devedor de prestações positivas da sociedade, como nos ensina ALEXY:

Para el problema de los derechos subjetivos a prestaciones tienen importancia, sobre todo, las decisiones en las que no solo se habla - como suele suceder - de obligaciones objetivas Del Estado, sino que, además, se analizan derechos subjetivos a acciones positivas.<sup>74</sup>

Repise-se, temos a mudança do paradigma do Estado, de um modelo passivo para um ativo. Nas palavras de SARMENTO, destacamos a utilização da palavra ativa “promoção”, sendo pertinente correlacionar com a intenção de criar ações afirmativas de nosso constituinte originário, insculpida como objetivo de nossa República<sup>75,76</sup>:

Embora continue sendo essencial proteger as pessoas do arbítrio do Estado, os poderes públicos são agora concebidos como responsáveis pela promoção e defesa

<sup>72</sup> PINHO, Diva Benevides, et al. **Manual de Economia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 41.

<sup>73</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 518.

<sup>74</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 422.

<sup>75</sup> SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 65.

<sup>76</sup> Cfme. inc. IV do art. 3º da CRFB: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

dos direitos fundamentais, diante dos perigos que rondam as pessoas na própria sociedade. Isto justificará uma ingerência estatal muito mais profunda e extensa...

Ainda, aponta-nos SARLET uma terceira dimensão dos direitos fundamentais. Nesta, a titularidade sai do indivíduo passando para a coletividade, o povo, a nação. Ressalta a importância dos direitos à paz e ao meio-ambiente sadio. Como matiz de sua caracterização, exigem uma postura eminentemente negativa. Digno de nota, SARLET os enquadra como atualização dos direitos da primeira dimensão, adaptados às novas exigências da nova sociedade contemporânea.

Anote-se, ainda, que SARLET nos noticia a categoria da quarta dimensão dos direitos fundamentais, mas alerta: "...no entanto, ainda aguarda sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas"<sup>77</sup>. Direito à informação e à participação popular direta, dentre outros, marcam essa nova dimensão, na qual o ponto realmente diferenciador é a garantia de capacitação dos indivíduos para fazerem parte de uma sociedade globalizada<sup>78</sup>.

Por fim, a despeito de contarmos com direitos fundamentais de dimensões elevadíssimas, não podemos nos esquecer de lhes emprestar efetividade, busca que é bem assinalada por CLÉVE<sup>79</sup>, em face de que, desde o início dos anos 90, o Brasil passou a conhecer uma nova geração de constitucionalistas, com o propósito de efetivar os princípios e valores do texto da Carta para o mundo real. E, no nosso caso em estudo, essa efetivação não pode deixar de passar ao largo a implementação da igualdade material pelo Estado brasileiro.

### 3.2 Igualdade formal e material

O conceito de igualdade acompanhou a evolução dos direitos fundamentais, tal que, no seu nascedouro, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, aquela era tida em seu aspecto formal. E, aqui, já nos valem de RIOS, quando define contextualizadamente aquela como a "proibição da instituição de qualquer distinção fundada nos critérios proibidos de diferenciação, gerando, por assim dizer, um direito à indiferença", sempre tomando o paradigma abstrato e universalizante de comparação dos padrões dos

---

<sup>77</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 59.

<sup>78</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 526.

<sup>79</sup> CLÉVE, Clemerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: **Uma vida dedicada ao Direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**. São Paulo: RT, 1995, p. 33-53.

grupos dominantes, produzindo, assim, uma pseudoneutralidade<sup>80</sup>. Isso porque era pressuposto que as condições fáticas entre os cidadãos eram equânimes, aliás, essa a grande vitória do movimento de 1789, tendo em vista que a Revolução saíra vencedora por acabar com as distinções nobilísticas do *Ancien Regime*. Ou nas palavras de BELLINTANI<sup>81</sup>: “passou-se a vislumbrar na igualdade uma exigência de vedar tais privilégios e discriminações, pois só assim seria possível estabelecer uma verdadeira igualdade”. Ainda, na mesma linha, SILVA JÚNIOR<sup>82</sup>:

Em sua fase embrionária, portanto, o direito de igualdade surge como antítese dos privilégios, reivindicando a igual dignidade dos humanos, e, em consequência, impondo ao Estado o dever de editar regras gerais e impessoais, não-individuadas, ancorado no pressuposto de que as aptidões intelectuais, a capacidade e o mérito de cada um constituiriam requisitos a partir do qual seriam distribuídos os bens e as vantagens, e com base no qual floresceriam e se desenvolveriam as potencialidades humanas. A sociedade de privilégios transmuda-se, então, ao menos no plano estritamente formal, em sociedade meritocrática.

Contudo, os movimentos econômicos e sociais dos séculos XVIII e XIX reforçaram a desigualdade fática entre os homens, a ponto de se chegar à indagação de COMPARATO<sup>83</sup>:

O reconhecimento incontestável, nos dias que correm, de que os homens nascem iguais, em dignidades e direitos, mas vivem, freqüentemente, em situações das mais escandalosa desigualdade quanto às condições sócio-econômicas básicas (educação, saúde, habitação, trabalho, previdência), não estaria a indicar que o velho princípio da isonomia acabou sendo superado na prática?

Evoluímos, então, para a conceituação da igualdade em seu sentido material. Na verdade, idéia presente já na Antigüidade clássica, em Aristóteles, de que deve haver tratamento igualitário entre os iguais e diferenciado os desiguais. Veja-se que mesmo em KELSEN já tínhamos tal noção da necessidade de diferenciação jurídica para comportar a desigualdade fática existente<sup>84</sup>:

A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas

<sup>80</sup> RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e o direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e as ações afirmativas no direito constitucional estadunidense**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004, p. 27-29.

<sup>81</sup> BELLINTANI, Leila Pinheiro. **Ação afirmativa e os princípios do Direito. A questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 22.

<sup>82</sup> SILVA JÚNIOR, Hédio. Ação afirmativa na Constituição de 1988. In: BENTO, Maria Aparecida Silva et al. **Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000, p. 123.

<sup>83</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Igualdades, Desigualdades. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 77.

<sup>84</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Tradução Ch. Einsenmann. 2. ed. Paris, 1962, p. 190. Apud: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 11.

obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres.

Infelizmente, no contrafluxo da História, parece que nem todos evoluíram quando se trata do princípio da igualdade, no seu sentido material insculpido no PL do Estatuto da Igualdade Racial, do que trataremos mais detidamente ainda neste estudo, ao afirmarem que: “O estatuto abole o princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei e cria uma nova categoria de cidadãos, os afro brasileiros ...”<sup>85</sup>.

DWORKIN<sup>86</sup> volta a defender a necessidade de tratamento desigual entre as pessoas para que possamos chegar à verdadeira igualdade: a material: “Existe uma diferença entre dar um tratamento igualitário às pessoas, com relação a uma ou outra mercadoria ou oportunidade, e tratá-las como iguais”. COELHO<sup>87</sup>, aponta-nos os beneficiários dessa defesa da igualdade jurídica, ou seja, da igualdade formal: “Em termos mais específicos, a igualdade jurídica garante ideologicamente a reprodução de desigualdades materiais”. De igual forma, DANTAS referenda tal entendimento da necessidade de se atentar o legislador para as desigualdades fáticas para quando da elaboração das leis<sup>88</sup>:

Quanto mais progridem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferenças de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre se distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade de valia que ofereceu a todos; raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre os distingue conforme as circunstâncias em que se produzem, ou conforme a repercussão que têm no interesse geral. Todas essas situações, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, para indicar a necessidade de uma construção teórica, que permita distinguir as leis arbitrárias das leis conforme o direito, e eleve até esta alta triagem a tarefa do órgão do Poder Judiciário.

Com isso, reconhecem-se as desigualdades fáticas entre os destinatários das normas. Assim, por exemplo, o legislador não estará utilizando o princípio da igualdade se estiver, na elaboração da lei, a mesma premissa para cidadãos em disparidade de condições. Contudo, no limite, não poderá haver a criação de distinções individualizadas, senão em categorias de cidadãos, sob pena de cairmos no terreno do arbítrio ou do privilégio, o que seria írrito ao

<sup>85</sup> SCHWARTZMAN, Simon. In: FRY, Peter; MAGGIE, Yvonne; MAIO, Marcos Chor; MONTEIRO, Simone e SANTOS, Ricardo Ventura (Orgs.). **Divisões perigosas: políticas raciais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 109.

<sup>86</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 3.

<sup>87</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito e Poder**. São Paulo. Saraiva, 1992, p. 96.

<sup>88</sup> DANTAS, F. C. San Tiago. Igualdade perante a lei e due process of law: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. **Revista Forense**, vol. 116, Rio de Janeiro, 1948, p. 357-367.

ordenamento como um todo. Diferenciar de modo a corrigir as extremas diferenças já existente, sim, discriminar, com base em caráter arbitrário e desproporcional, não.

ALEXY, com muita propriedade, desdobra o princípio da igualdade em duas regras, quais sejam, a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual. Enquanto aquela ordena um tratamento igual nas situações onde não haja nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, esta ordena um tratamento desigual quando houver uma razão suficiente para fazer incidir um tratamento desigual, numa teorização que é de fulcral importância para o desenvolvimento do presente trabalho, idéia, aliás, na qual nos alicerçamos quando traçamos as primeiras linhas para sua confecção<sup>89</sup>. E traz à lume jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão:

La máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna otra forma, sea concretamente comprensible, es decir, cuando la disposición tiene que ser calificada de arbitraria.<sup>90</sup>

Acerca das condições para que uma diferenciação não seja arbitrária, magistralmente ensina-nos BANDEIRA DE MELLO<sup>91</sup>:

Para que um *discrímen* legal seja convivente com a isonomia, consoante visto até agora, impende que concorram quatro elementos:

- a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa - ao lume do texto constitucional - para o bem público.

Trazemos também em auxílio os ensinamentos de MORAES, ao bem distinguir as diferenciações arbitrárias dos tratamentos materialmente isonômicos, estes, legítimos, através do tratamento desigual aos desiguais:

Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo Direito, sem que se esqueça, porém, como ressaltado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a

<sup>89</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 391-398.

<sup>90</sup> BVerfGE 1,14 (52).

<sup>91</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo. Malheiros, 2005, p. 41.



igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.<sup>92</sup>

Na mesma linha, PULIDO, na justificação do tratamento diferenciado para o alcance da efetiva igualdade<sup>93</sup>:

A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos: (1) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; (2) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; (3) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y (4) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud).

Assim na doutrina alemã<sup>94</sup>:

A igualdade jurídica material não consiste em um tratamento sem distinção de todos em todas as relações. Senão, só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual. A questão é, quais fatos são iguais e, por isso, não devem ser regulados desigualmente.

Não outro entendimento adota o Tribunal Constitucional alemão<sup>95</sup>:

a máxima da igualdade é violada quando para a diferenciação legal ou tratamento igual legal não é possível encontrar uma razão razoável, que surja da natureza da coisa ou que, de alguma outra forma, seja concretamente compreensível, isto é, quando a disposição tem que ser qualificada de arbitrária.

PEREZ LUNHO nos traz o entendimento no mesmo sentido por parte da doutrina espanhola<sup>96</sup>:

Es más, la igualdad entendida mecánicamente y aplicada de modo uniforme, como un criterio formal y abstracto, podría degenerar en una sucesión de desigualdades reales. De ahí que la concepción de la igualdad en un Estado de Derecho de una sociedad pluralista y democrática no pueda prescindir de las exigencias concretas de la realidad social para discernirlas y valorarlas en su específica peculiaridad.

E conclui o autor pela necessidade de a solidariedade social passar pelo conceito de igualdade material<sup>97</sup>:

<sup>92</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 66.

<sup>93</sup> PULIDO, Carlos Bernal. El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Disponible em: <<http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/nodiscriminacion/BERNAL.PDF>>. Acesso em: 28. ago. 2006.

<sup>94</sup> HESSE, Konrad. **Elementos do direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 330.

<sup>95</sup> BVerfGE 1,14 (52).

<sup>96</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica**. Madrid: Tecnos S/A, 1997, p. 229.

<sup>97</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Op. cit., 1997, p. 232.

En todo caso, entiendo que el concepto actual de solidariedad integra dos dimensiones mutuamente condicionantes: a) la ético-política, entendida como actitud que tiende a compartir e identificarse con las inquietudes o necesidades ajenas; y b) la jurídica, que supone um compromisso de los poderes públicos por hacer efectiva la igualdad material...

Já sobre os destinatários dessa limitação do princípio da igualdade, reportamo-nos à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro<sup>98</sup>:

O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é - enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica - suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio - cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público - deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei - que opera numa fase de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade.

Com esse norte da busca da igualdade material na feitura das normas, estaremos a nos aproximar da necessidade de o Estado buscar a justiça através das ações afirmativas, conforme BELLINTANI<sup>99</sup>:

Verifica-se, assim, que a igualdade material determina que os Poderes Públicos atuem não apenas negativamente para combater as discriminações no seio da sociedade, mas também e, principalmente, de forma positiva, no sentido de implementar políticas capazes de estabelecer na sociedade uma igualdade real e não meramente abstrata.

Bem assim SARMENTO na ordem que o constituinte deu ao novo Estado brasileiro, numa postura pró-ativa de inserção social<sup>100</sup>:

O constituinte, portanto, não quis atribuir ao Estado o papel de espectador neutro e imparcial dos conflitos travados na esfera social. Pelo contrário, partindo da premissa empírica de que a sociedade brasileira é injusta e desigual, e de que nela vicejam a intolerância e o preconceito, ele impôs aos três poderes do Estado tarefas ativas, ligadas à inclusão social e á transformação de práticas opressivas voltadas contra grupos estigmatizados.

Essa distinção entre os conceitos de igualdade formal e material bem retratam o ambiente econômico-social de determinados momentos na história, ou seja, da igualdade

<sup>98</sup> DISTRITO FEDERAL. STF. MI nº 58, Tribunal Pleno. Reqtes.: A.O.. Reqdo.: Presidente da República. Relator: Min. Carlos Velloso. Relator Acórdão: Min. Celso de Mello. Brasília, 14 de dezembro de 1990. DJU, pp.04580, 19/04/1991.

<sup>99</sup> BELLINTANI, Leila Pinheiro. **Ação afirmativa e os princípios do Direito. A questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 26.

<sup>100</sup> SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 251.

formal dever-se-ia esperar o combate aos privilégios do Antigo Regime; da igualdade material, espera-se a intervenção do Estado social para a minoração das desigualdades fáticas existentes.

Observe-se que a CRFB conjuga esses dois meios de se efetivar a igualdade, senão complementarmente pela vedação à discriminação injusta e pela promoção da igualdade material, ou seja, ora evitando a discriminação, ora ordenando que o Estado promova a igualdade. Nas palavras de HÉDIO Jr.<sup>101</sup>:

Postas as coisas nesses termos, já arriscaríamos afirmar que o sistema constitucional brasileiro correlaciona igualdade e discriminação em duas fórmulas distintas e complementares: veda a discriminação naquelas circunstâncias em que sua ocorrência produziria desigualação e, de outro lado, prescreve discriminação como forma de compensar desigualdade de oportunidades, ou seja, quando tal procedimento se faz necessário para a promoção da igualdade.

Assim tem-se posicionado o STJ a respeito<sup>102</sup>:

Com efeito, o princípio da igualdade deve ser entendido consoante as exigências da fórmula política do Estado Democrático de Direito, consagrada constitucionalmente. Não há mais lugar, atualmente, para a ideologia jurídica liberal, que compreendia a isonomia em termos puramente formais e abstratos, desconsiderando as diferenças efetivamente existentes entre os homens, colocando no mesmo nível os desiguais.

O Min. Marco Aurélio, do STF, integrante do Tribunal guardião de nossa Constituição, também ressalta essa linha evolutiva do princípio da igualdade<sup>103</sup>:

Pode-se afirmar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proíbe a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos construir, garantir, erradicar e promover implicam, em si, mudança de ótica, ao denotar ação. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar - e encontrar, na Carta da República, base para fazê-lo - as mesmas oportunidades. Há de ter-se como página virada o sistema simplesmente princípio lógico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. E é necessário que essa seja a posição adotada pelos nossos legisladores. [...]. É preciso buscar-se a ação afirmativa. A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é necessário fomentar-se o acesso à educação [...]. Deve-se reafirmar: toda e qualquer lei que tenha por objetivo a concretude da Constituição Federal não pode ser acusada de inconstitucionalidade.

E assim o faz em diversos pontos de seu Corpo, senão nos incisos III e IV de seu art. 3º, no inciso X de seu art. 23, no inciso VII de seu art. 170, no inciso II de seu art. 227, dentre

<sup>101</sup> SILVA JÚNIOR, Hédio. Ação afirmativa na Constituição de 1988. In: BENTO, Maria Aparecida Silva et al. **Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000, p. 137.

<sup>102</sup> DISTRITO FEDERAL. STJ. ROMS nº 13.084/CE, Primeira Turma. Recte.: Sindionibus. Recdo.: Estado Ceará. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 28 de maio de 2002. DJU, p.214, 01/07/2002. Excerto do Voto do Relator, no julgamento unânime.

<sup>103</sup> MARTINS, Ives Gandra. Da Silva (Org.). **Ótica constitucional - A igualdade e as ações afirmativas. As vertentes do direito constitucional contemporâneo. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 39-44.

outros. Na análise de ROCHA, também recente integrante do STF, apontando o ineditismo da postura do constituinte de 88, ao exigir comportamento ativo do Estado brasileiro<sup>104</sup>:

O significado maior do art. 3º, da Lei Fundamental da República é, pois, a demonstração de uma mudança essencial do constitucionalismo brasileiro, de uma proposta de sociedade diferente da que percebeu o constituinte de 87/88 e que não lhes pareceu livre, justa, fraterna e solidária.

Visto isso, reforçamos que não podemos confundir as diferenciações legitimadas na extrema desigualdade fática com a discriminação odiosa: aquela, deve ser incentivada; esta, abolida. E por discriminação odiosa devemos entender “... ações ou práticas desenvolvidas por membros de grupos dominantes, ou seus representantes, que provocam um impacto diferencial e negativo nos membros dos grupos subordinados”<sup>105</sup>.

No escólio de FERREIRA FILHO também vemos claramente a distinção entre os conceitos de diferenciação e discriminação, importante de ser ressaltada, visto que as ações afirmativas raciais, para serem legítimas constitucionalmente, devem fundamentar sua aplicação naquele primeiro conceito<sup>106</sup>:

Distingue-se, pois, a diferenciação da discriminação. A primeira visa a assegurar, no fundo, a igualdade; a segunda, invocando diferenças, a estabelecer a desigualdade. Aquela constitui meio para que a igualdade se efetive; esta, ao contrário, para que se mantenha a desigualdade.

A seguir, analisaremos a discriminação, em suas variantes, ambas como obstáculo à concreção da igualdade, qual seja, na forma direta em oposição à igualdade formal e, de maneira indireta, como óbice à concreção da igualdade material.

### 3.3 A discriminação direta

Assim temos definido o vocábulo discriminação na Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, aprovada pelas Nações Unidas, para,

<sup>104</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa - o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista trimestral de Direito Público*, nº 15, 1996, p. 85-99.

<sup>105</sup> FEAGAN, Joe R.; FEAGAN, Clairece B. (1986). *Discrimination American style: institucional racism and sexism*. MALABAR: Robert E. Krieger Publishing Company, 1986. Apud: BENTO, Maria Aparecida Silva, et al. *Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000, p. 20.

<sup>106</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 108.

logo após, legitimizar a diferenciação tendo em vista à igualdade material, com força cogente normativa em nosso País, dada sua internalização<sup>107</sup>:

Qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

Logo, é preciso ter presente que não somente uma política de antidiscriminação formalista, produto de uma discriminação na sua forma direta, senão, também uma intervenção positiva anti-subordinadora substancial, resultado de sua vertente indireta, devem ser os alvos perseguidos. E, esta última, também conhecida como uma discriminação benigna, utiliza-se do que abaixo veremos, das ações afirmativas. É, pois, do direito norte-americano que temos as expressões *disparate treatment* e *disparate impact* para, respectivamente, designar as espécies acima<sup>108</sup>.

A discriminação direta, ou *disparate treatment*, é associada à deliberada e expressa intenção de segregar, causando prejuízo a uma parcela da população. Nessa modalidade, a constatação de inconstitucionalidade da conduta é relativamente fácil, pois frontalmente fere o princípio formal da igualdade. Veja-se que no Brasil a lei Afonso Arinos, de 1951<sup>109</sup>, foi a primeira a criminalizar essa discriminação racial. RIOS brilhantemente relata as três modalidades dessa discriminação na doutrina e jurisprudência estadunidense, quais sejam, a explícita, a decorrente da aplicação da legislação e a perpetrada na elaboração de uma medida, tese para a qual remetemos para uma análise detalhada, pois refugiria do núcleo da presente dissertação<sup>110</sup>.

Por fim, RIOS nos apresenta o denominado “teste da mesma decisão”, no qual a Suprema Corte norte-americana se baseia para validar uma medida, tendo como pressuposto que, excluída a vontade de discriminar, a mesma decisão seria tomada naquele caso, ou seja, caracterizando que uma medida discriminatória não leva a pecha de inconstitucionalidade por tão simplesmente excluir determinado grupo, o que pode ser feito, legitimamente, para garantir um diferencial legítimo para outro<sup>111</sup>.

<sup>107</sup> Convenção aprovada pelas Nações Unidas em 21/12/1965 e ratificada pelo Brasil em 27/03/1968, no seu art. 1º, e internalizada nacionalmente em 08/12/1969, via o Decreto presidencial nº 65.810, o qual não consta ter havido revogação expressa.

<sup>108</sup> RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e o direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e as ações afirmativas no direito constitucional estadunidense**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004, p. 14 e ss.

<sup>109</sup> Lei nº 1390/51.

<sup>110</sup> RIOS, Roger Raupp. Op. cit., 2004, p. 86 e ss.

<sup>111</sup> RIOS, Roger Raupp. Op. cit., 2004, p. 104.

### 3.4 A discriminação indireta

Por seu turno, a discriminação indireta, ou *disparate impact*, não causadora, antes pelo contrário, de menores prejuízos do que na sua forma direta, concretiza-se na adoção de práticas ditas neutras e não-intencionais de prejudicialidade a determinados segmentos sociais. Aqui, temos as atitudes dissimuladas, propositalmente escamoteadas e até inconscientes, como a formação de estereótipos raciais, dirigidas para beneficiar um setor social, em prejuízo da isonomia material. Sua inconstitucionalidade demanda um esforço hermenêutico abrangente e proporcional da Carta Maior.

No direito estadunidense, destaca-se estudo de Laurence III, jurista daquele país, o qual construiu teoria para dispensar a prova de intenção discriminatória, fundamentada na psicologia freudiana. Segundo o estudioso, a necessidade de se fazer essa prova não parece carecer de legitimidade, dado o caráter discriminatório inconsciente de séculos de natureza racista. SARMENTO, a propósito, diagnostica que, a despeito de não ter havido posicionamento expresso da jurisprudência pátria a respeito, já vem ela aceitando cada vez mais argumentos discriminatórios, mesmo sem a comprovação de qualquer intenção discriminatória<sup>112</sup>.

Ainda na seara do direito brasileiro, RIOS nos indica a concretização dessa idéia de discriminação indireta quando da leitura dos tratados internacionais de direitos humanos, por abrangerem expressamente tal noção, como na Convenção para a eliminação de todas as formas de discriminação racial, acima citada<sup>113</sup>. Assim, traz-nos a definição de discriminação indireta dada pela Suprema Corte norte-americana: “práticas, procedimentos ou testes facialmente neutros, e mesmo neutros em termos de intencionalidade, não podem ser mantidos se eles operam para ‘congelar’ o *status quo* anterior de práticas empregatícias discriminatórias”<sup>114</sup>.

A origem da discriminação indireta também é exposta por RIOS<sup>115</sup>, da jurisprudência norte-americana, por ocasião do julgamento do caso *Wards Cove Packing Company, Inc V. Atonio*<sup>116</sup>, no qual os trabalhadores de uma empresa ajuizaram uma ação coletiva alegando estarem sendo discriminados indiretamente, visto que determinado grupo, histórica e

<sup>112</sup> LAURENCE III, Charles R. The id, the ego, and qual protection: reckoning with unconscious racism. In: GARVEY, John; ALENIKOFF, Alexander. *Modern constitutional theory: a reader*. 4. ed. St. Paul: West group. 1999, p. 513 e ss. Apud: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 151.

<sup>113</sup> RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e o direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e as ações afirmativas no direito constitucional estadunidense**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004, p. 121.

<sup>114</sup> RIOS, Roger Raupp. Op. cit., 2004, p. 127. (tradução livre do Autor da tese)

<sup>115</sup> RIOS, Roger Raupp. Op. cit., 2004, p. 129-130.

<sup>116</sup> 490 U.S. 642 (1989).

estatisticamente, exercia as funções de menor destaque, e, conseqüentemente, menor remuneração<sup>117</sup>. Nesse caso, ficou assentado pela Suprema Corte americana, primeiramente, a necessidade de o Judiciário também atentar para a discriminação indireta, mas que, para isso, dever-se-ia exigir do demandante a identificação da prática ofensiva; logo após, à defesa, caberia alegar algum motivo justificador de tal atitude, retornando ao autor o ônus da indicação de uma atitude de menor impacto e com a mesma eficiência daquela atitude tomada pelo réu acusado, necessária que tenha sido sua adoção para o bom desempenho do seu negócio.

Prosseguindo, importante mecanismo para a detecção desse tipo “invisível” de discriminação, RIOS nos traz o “teste do significado cultural”, criado por C. Lawrence<sup>118</sup>. Com ele, o juiz deveria analisar a conduta discriminatória como um antropólogo, e não como um técnico do Direito. Em constatando o incentivo de tal conduta à formação ou reforço de estereótipos, tal medida receberia o julgamento de inconstitucionalidade por discriminação indireta. Nesse ponto, pensamos que a jurisprudência brasileira poderia abeberar-se um pouco, o que traria ao nosso sistema romano-germânico um contato maior com os fatos sociais.

A discriminação indireta também pode ser produto da discriminação institucional. Aqui, trazemos para ilustração relato de VARGAS, numa prática corriqueira de nosso aparato policial<sup>119</sup>:

A história de Rumba Gabriel oferece uma perspectiva sobre os desafios que ativistas comunitários negros/os críticas/os à polícia e aos traficantes de drogas enfrentam. Rumba esteve temporariamente sob asilo nos Estados Unidos quando ameaças à sua vida tornaram-se mais intensas no Rio. No Centro de Estudos Africanos e Afro-Americanos, no Departamento de Antropologia, e no Instituto de Estudos Latino-Americanos da Universidade do Texas, Rumba teve tempo para refletir e discutir sua experiência com companheiros, ativistas negros/os do Brasil, entre os quais Diva Moreira, Athayde Motta e Joel Zito Araújo, além de estudantes e acadêmicos que atuam como ativistas. Pouco após seu retorno ao Brasil, em janeiro de 2002, Rumba foi preso com base em acusações de envolvimento com o tráfico de drogas em uma das várias batidas policiais conduzidas pelo governo do estado do Rio de Janeiro. Devido à ausência de provas e à pressão de um movimento amplo que incluía organizações e indivíduos comprometidos no Brasil e nos Estados Unidos, Rumba foi solto em fins de 2002 depois de ir a julgamento e do caso ser arquivado. Em outra batida policial, em 2003, seria detido novamente, com o famoso cantor Belo, que optou por não se entregar à polícia. Mais uma vez, após meses de encarceramento e audiências, Rumba foi solto por falta de provas sobre seu suposto envolvimento com o tráfico de drogas. Essa história, cujos detalhes merecem uma análise mais profunda e mais cuidadosa, ilustra os enormes obstáculos que os

<sup>117</sup> 490 U.S. 642 (1989).

<sup>118</sup> RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e o direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e as ações afirmativas no direito constitucional estadunidense**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004, p. 141 e ss.

<sup>119</sup> VARGAS, João H. Costa. Apartheid brasileiro: raça e segregação residencial no Rio de Janeiro. **Rev. Antropol.**, São Paulo, v. 48, n. 1, 2005. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-77012005000100003&script=sci\\_arttext#tx08](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-77012005000100003&script=sci_arttext#tx08) Acesso em: 31. maio 2007.

ativistas de favelas devem enfrentar quando suas opções políticas não se adaptam aos modelos clientelistas e corruptos de praxe.

Por fim, a utilização de dados estatísticos é de fundamental importância para a detecção da discriminação indireta, dos quais nos valeremos no presente estudo. Da mesma maneira, nossa jurisprudência deveria buscar nessa fonte subsídios para o julgamento das lides que lhe são apresentadas, reforçando a conectividade social necessária à nossa matriz jurídica.

### 3.4.1 O mérito

Importante destacarmos a respeito é que, sob o manto do quesito mérito, pode estar escondida a discriminação racial na sua forma indireta. Melhor dizendo, o argumento do mérito individual de cada um como critério exclusivo para a conquista do bem da vida peca pelo fato de favorecer a manutenção do status vigente, altamente discriminador. Importante ponto sobre a matéria ora sob exame é refletirmos sobre os dois tipos de mérito que deveriam ser considerados, quais sejam, o mérito da chegada, utilizado com o fundamento de uma neutralidade, na verdade, inexistente, e o mérito do percurso, este sim considerando as vitórias no decorrer de uma trajetória altamente díspar de condições entre indivíduos sectarizados na nossa sociedade. FERES JÚNIOR utiliza a expressão “linha de largada”, no caso brasileiro, extremamente desigual que é entre os negros e os brancos, para justificar a necessidade de adoção das ações afirmativas no combate ao mito indiscriminado do mérito<sup>120</sup>. E SANTOS<sup>121</sup> nos questiona:

Deve-se considerar somente o mérito de chegada, aquele que se vê ou se credita somente no cruzamento da linha de chegada: na aprovação do vestibular: Ou considerar também o mérito de trajetória, aquele que se computa durante a vida escolar dos estudantes, que leva em consideração facilidades e dificuldades dos alunos para concluir os seus estudos?

ZANITELLI<sup>122</sup> nos traz a reflexão de que o inciso V do art. 208 da CRFB<sup>123</sup> “admite mais de uma interpretação, e que a sua menção à capacidade não tem, portanto, de ser

<sup>120</sup> FERES JÚNIOR, João. Aspectos normativos e legais das políticas de ação afirmativa. In: FERES JÚNIOR, João e ZONINSEIN Jonas (Orgs.). **Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas**. Brasília: Ed. da UnB, 2006, p. 46-62.

<sup>121</sup> SANTOS, Sales Augusto dos. Ação afirmativa e mérito individual. In: OLIVEIRA, Iolanda de, et al. **Negro e Educação - Identidade negra - pesquisas sobre o negro e a educação no Brasil**. Rio de Janeiro: Vozes, 2003, p. 30.

<sup>122</sup> ZANITELLI, Leandro Martins. **Acesso à Universidade, cotas para negros e o prometo de lei nº 3627/2004**. Revista de Informação Legislativa, ano 42, nº 168, p. 125, out./dez., 2005.

<sup>123</sup> “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”.



compreendida como se proibisse a aplicação de qualquer outro critério para o ingresso em curso superior que não o do saber”.

Sobre isso, CARVALHO; SEGATO<sup>124</sup> trazem a necessidade de, numa visão respeitadora dos direitos fundamentais, focar a real igualdade de competição entre os negros e os brancos, numa verdadeira distinção entre o mérito do percurso e o mérito da chegada. Gize-se que não se trata de eliminar o mérito pessoal, mas, sim, sobre ele refletir e colocar em condições relativamente paritárias aqueles cidadãos que a história, até hoje, tem tratado como verdadeiros párias.

Universalizou-se (no Brasil) apenas a concorrência, mas não as condições para competir, não se equaciona o mérito de trajetória, somente conta o mérito do concurso. Nenhuma avaliação do esforço de travessia, e uma fixação cega, não problematizada, da ordem de chegada. Como se um negro se dispusesse a atravessar um rio a nado enquanto um branco andasse de barco a motor em alta velocidade e ao chegarem à outra margem suas capacidades pessoais fossem calculadas apenas pela diferença de tempo gasto na tarefa. Vista de outra perspectiva, que introduza a diferença histórica, social e econômica de desigualdade crônica dos negros no Brasil, a própria noção abstrata de concurso, de competição, de rendimento, de quantificação das trajetórias individuais passa a ser estranha e mesmo equivocada.

No mesmo sentido, muito claramente, SILVA, no sentido de que, na verdade, a desigualação visa a atingir a igualdade de condições<sup>125</sup>:

Se a preocupação de muitos e a necessidade de manutenção de um processo competitivo, a proposta de cotas não abole a competição: a proposta de cotas, ao reconhecer as profundas desigualdades de oportunidades, estabelece que a competição deve acontecer entre candidatos com igualdade de condições, para que, de fato, se possa medir o mérito dos candidatos e não o mérito dos diferentes sistemas escolares. Não se pode dar um Fusca para um piloto, uma BMW para outro, e achar que nessa corrida vai-se medir o mérito dos pilotos.

Ainda versando a questão do mérito, RIOS ressalta a importância de conjugarmos vários critérios para uma boa seleção no exame Vestibular. Assim pontificia<sup>126</sup>:

Em certas circunstâncias, pode-se combinar critérios e se concluir que a escolha de um estudante negro para a Faculdade de Medicina é mais correta que a de um branco, decisão para a qual podem concorrer não só os diversos méritos revelados diante das barreiras enfrentadas por cada um ao longo de sua trajetória individual (tais como a pontuação em testes de conhecimentos, a capacidade de superação diante dos mais diversos desafios pessoais e a fortaleza em face de condições sociais adversas).

<sup>124</sup> CARVALHO, José J.; SEGATO, Rita Laura. Plano de metas para integração social, étnica e racial da UnB (no prelo - consultado nos arquivos do Instituto Nzinga de Capoeira Angola, setembro), 2003, p. 84.

<sup>125</sup> SILVA, Luiz Fernando Martins da. Estudo socio-jurídico relativo à implementação de política de ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil: aspectos legislativo, doutrinário, jurisprudencial e comparado. **Ministério da Educação - Brasil**. Disponível em <<http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/estudosociojuridico.pdf>>. Acesso em: 06. jun. 2006.

<sup>126</sup> RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e o direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e as ações afirmativas no direito constitucional estadunidense**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004, p. 213.

FISCUS reforça a necessidade da adoção de ações afirmativas, justamente para a manutenção da igualdade, como meio efetivo de combate à discriminação<sup>127</sup>:

Um programa de ação afirmativa não viola os direitos de indivíduos brancos inocentes quando garante a minorias a fatia dos bens sociais que os indivíduos pertencentes à minoria teriam ganho por si mesmos em um ambiente não-racista. Não há violação da igualdade de proteção quando a sociedade age para restaurar o equilíbrio que naturalmente teria ocorrido sob condições não racistas. De fato, falhar na manutenção do equilíbrio pela utilização de medidas de mérito somente ao final é permitir que o processo do racismo culmine em suas inevitáveis iniquidades.

DWORKIN, conclusivamente, ratifica tal entendimento no sentido de que uma vaga na universidade deve ser ocupada pela prospecção da contribuição para o futuro possibilitada pelo aluno, e não pelas realizações e triunfos do passado. Só assim se dará legitimidade à seleção para acesso àquelas<sup>128</sup>.

DWORKIN<sup>129</sup> também chama a comunidade à reflexão sobre qual o critério, então, seria melhor para o ingresso na Universidade, senão o escolhido pelos formuladores das políticas públicas de ações afirmativas em prol dos negros, encerrando com um aviso para que não seja profanado o direito da igualdade, indicando que se prestigie a adoção do quesito racial em um programa de ações afirmativas:

Os critérios raciais não são necessariamente os padrões corretos para decidir quais candidatos serão aceitos pelas faculdades de direito, mas o mesmo vale para os critérios intelectuais ou para quaisquer outros conjuntos de critérios... Não devemos, porém, corromper esse debate imaginando que tais programas são injustos mesmo quando funcionam. Precisamos ter o cuidado de não usar a cláusula de igual proteção para fraudar a igualdade.

No próximo capítulo, versaremos sobre as políticas de ação afirmativa, enquanto instrumento, no Brasil e no mundo, para operacionalizar o alcance da verdadeira igualdade: a substancial.

<sup>127</sup> FISCUS, Ronald. *The constitutional logic of affirmative action*. Durham: Duke University Press, 1992, p. 38. Apud: RIOS, Roger Raupp. Op. cit., 2004, p. 215. (tradução livre)

<sup>128</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 572.

<sup>129</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 368-369.

## 4 POLÍTICA DE AÇÕES AFIRMATIVAS RACIAIS

### 4.1 Conceitos de ações afirmativas e origem histórica

A doutrina e a jurisprudência nos oferecem uma pletera de definições sobre o termo ação afirmativa; contudo, como veremos abaixo, todos giram ao redor das idéias de política pública, intervenção estatal, inclusão social, temporariedade e igualdade material, senão vejamos.

Concebidas pioneiramente pelo Direito dos Estados Unidos da América, as ações afirmativas consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade. De cunho pedagógico e não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade, têm como meta, também, o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, inculcando nos atores sociais a utilidade e a necessidade da observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano. Constituem, por assim dizer, a mais eloqüente manifestação da moderna idéia de Estado promotivo, atuante, eis que de sua concepção, implantação e delimitação jurídica participam todos os órgãos estatais essenciais, aí incluindo-se o Poder Judiciário, que ora se apresenta no seu tradicional papel de guardião da integridade do sistema jurídico como um todo, ora como instituição formuladora de políticas tendentes a corrigir as distorções provocadas pela discriminação. Construção intelectual destinada a viabilizar a harmonia e a paz social, as ações afirmativas, por óbvio, não prescindem da colaboração e da adesão das forças sociais ativas, o que equivale dizer que, para o seu sucesso, é indispensável a ampla conscientização da própria sociedade acerca da absoluta necessidade de se eliminar ou de se reduzir as desigualdades sociais que operam em detrimento das minorias. (atual Ministro do STF brasileiro)<sup>130</sup>

Como foi visto, ação afirmativa é uma política pública específica para determinados grupos sociais que foram e/ou ainda são discriminado em função de algumas de suas características reais ou imaginárias. Essa política pública pode ser implementada pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo pela iniciativa privada.<sup>131</sup>

Denominam-se ações afirmativas as ações que buscam corrigir a desigualdade entre homens e mulheres, ou entre brancos e negros, seja no âmbito da política, da educação ou do trabalho. As cotas não são a única, mas uma das estratégias das ações afirmativas... As ações afirmativas não são uma fonte de discriminação, mas veículo para remover os efeitos da discriminação.<sup>132</sup>

No mundo dos negócios, as ações afirmativas são hoje consideradas como mais um instrumento eficaz de gestão de recursos humanos. São reavaliadas como medidas com a finalidade de descobrir o potencial das trabalhadoras, aumentar a eficácia, o

<sup>130</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: O direito como instrumento de transformação social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 6-7.

<sup>131</sup> SANTOS, Sales Augusto dos. Ação afirmativa e mérito individual. In: OLIVEIRA, Iolanda de, et al. **Negro e Educação - Identidade negra - pesquisas sobre o negro e a educação no Brasil**. Rio de Janeiro: Vozes, 2003, p. 24.

<sup>132</sup> SOARES, Vera. As ações afirmativas para mulheres na política e no mundo do trabalho no Brasil. In: BENTO, Maria Aparecida Silva et al. **Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000, p. 39.

entusiasmo e a satisfação no trabalho, conseguindo proporcionar também acréscimos no melhoramento da eficiência econômica da própria organização. A consolidação dessa mudança de atitude é enunciada, em 1994, no relatório final do Fórum Europeu Eguaglianza e Qualità: nuovi orizzonti per donne e imprese, organizado pela rede PACG (Positiv Action Coordinating Group) Itália, 1994.<sup>133</sup> Conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego(...) Em síntese, trata-se de políticas e mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido - o da efetiva igualdade de oportunidades a quem todos os seres humanos têm direito.<sup>134</sup> 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 sociedade.<sup>135</sup>

A origem histórica do referido termo se deve ao Presidente norte-americano John Kennedy, o qual, através da Ordem executiva nº 1961, criou um comitê para estudar atitudes que o Estado deveria implementar com o intuito de promover a igualdade de oportunidades no emprego<sup>136</sup>. Em continuidade, o também presidente norte-americano Lyndon Johnson, em discurso proferido junto à Universidade Harward, em 1965, anunciou medidas específicas para a promoção da inclusão social do negro, dentre elas, preferência na contratação com o Estado e para o preenchimento de vagas em cargos públicos. Ao analisarmos a experiência norte-americana com as ações afirmativas raciais, nos deteremos mais sobre a sua origem histórica, visto estarem essas idéias indissociavelmente ligadas.

## 4.2 Justificação das ações afirmativas no caso dos negros

Teoricamente, devemos apontar uma linha-mestra de legitimidade da aplicação de tais políticas, iniciadas e desenvolvidas em virtude da discriminação racial, dado ter-se detectado, notadamente nesse grupo, uma desvantagem prévia em relação a outros setores sociais<sup>137</sup>. Um

<sup>133</sup> CAPPELIN, Paola. Ações afirmativas, gênero e mercado de trabalho: a responsabilidade social das empresas na União Européia. In: BENTO, Maria Aparecida Silva et al. **Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000, p. 80.

<sup>134</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: O direito como instrumento de transformação social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40-41.

<sup>135</sup> 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.

<sup>136</sup> RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e o direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e as ações afirmativas no direito constitucional estadunidense**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004, p. 177.

<sup>137</sup> RIOS, Roger Raupp. Op. cit., 2004, p. 174.

critério usualmente utilizado é o da compensação aos negros, em virtude do alijamento social a que foram submetidos no passado pelos brancos. Ferreira Gullar<sup>138</sup>, infelizmente, cingiu seu julgamento sobre as políticas afirmativas nesse aspecto, não evoluindo em sua análise: “Nenhuma pessoa de hoje tem culpa do que ocorreu no país há séculos”. Todavia, não é este o ponto-de-vista defendido por CRUZ, senão o da defesa da dignidade humana conjuntamente com a diversidade necessária a todas sociedades, para o fim de lhes conduzir ao desenvolvimento, ao qual nos filiamos:

Todavia, também as teorias compensatórias sofreram duras críticas, uma vez que constitui regra basilar de qualquer legislação sobre indenizações, em casos de responsabilidade civil por atos ilícitos, de que apenas aquele agente que de fato os praticou pode ser acionado judicialmente. Dizer que toda a sociedade é culpada pela discriminação é, a nosso sentir, um argumento de conteúdo exclusivamente moral, sem qualquer pretensão jurídica..Dessa maneira, as ações afirmativas não se sustentam com base na teoria de compensação, e, por conseguinte, não podem ser vistas como mero mecanismo de redistribuição de bens e oportunidades, sob pena de chegarmos às conclusões absurdas acima mencionadas.

Sendo assim, rejeitadas as teorias compensatórias e (re)distributivistas (utilitarismo), fixamos finalmente posição favorável à tese pela qual as ações afirmativas se legitimam com base nos princípios do pluralismo jurídico e da dignidade humana, estruturadas no paradigma do Estado Democrático de Direito, como afirma HABERMAS:

O paradigma procedimental do direito orienta o olhar do legislador para as condições de mobilização do direito. Quando a diferenciação social é grande e há ruptura entre o nível de conhecimento e a consciência de grupos virtualmente ameaçados, impõem-se medidas que podem capacitar os indivíduos a formar interesses, a tematizá-los na comunidade e a introduzi-los no processo de divisão do Estado.<sup>139</sup>

Também assim FERES JÚNIOR, ao correlacionar, quanto ao momento que queremos atingir, o critério da ação afirmativa sob o viés da reparação com o passado; o critério da justiça social com o presente e, por fim, o da diversidade, com o futuro<sup>140</sup>.

Tendo tido o prazer de participar como ouvinte do V Seminário internacional de Direitos fundamentais, realizado nas dependências da PUC-RS, no período de 22 a 24 de maio de 2006, de lá colhemos importantes relatos, dentre eles o de Samuel Vida, ativista da causa negra. Na sua apresentação, no dia 23/05/2006, enfatizou que as ações afirmativas raciais não são só uma compensação pelo passado aos negros, mas, também, a promoção de uma diversidade no presente e futuro, o que garantirá o melhor desenvolvimento da sociedade como um todo. Indica o Professor de Direito da Universidade Federal da Bahia três formas de conserto social-racial, quais sejam, via reparação, via indenização e via representação, esta

<sup>138</sup> Em opinião veiculada no Jornal “Correio Braziliense”, 25/07/2006, p. 2.

<sup>139</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia. Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 185.

<sup>140</sup> FERES JÚNIOR, João. Aspectos normativos e legais das políticas de ação afirmativa. In: FERES JÚNIOR, João e ZONINSEIN Jonas (Orgs.). **Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas**. Brasília: Ed. da UnB, 2006, p. 46-62.

última com o objetivo de fomentar participação paritária na vida social desse grupo estatisticamente. Justificando essa necessidade, sob o viés da representação, citou que, dos então 513 deputados federais, dez só eram negros; dos 81 senadores, quatro somente eram negros, a despeito de, segundo o IBGE, 45% da população brasileira sê-lo. E mais: considere-se que, para a classificação oficial, são considerados somente os autodeclarados, o que elevaria a participação da população negra na sociedade, posto que se visa a fugir da discriminação, via “eu não sou negro”. Nesse cenário, o negro, para não sofrer ainda mais discriminação, não se declara como tal<sup>141</sup>. Juridicamente, o Professor defende uma hermenêutica teleológica de nossa Constituição para justificar a aplicação de ações afirmativas de inserção do negro, trazendo os arts. 3º, 215, 216, 242 e 68 ADCT para corroborar a intenção clara do constituinte em promover ativamente a diminuição da desigualdade entre brancos e negros.

RIOS, após arrolar cinco justificantes da necessidade das ações afirmativas no caso dos negros, quais sejam, o combate aos efeitos presentes da discriminação passada, a promoção da diversidade, a natureza compensatória ou reparatória das ações afirmativas, a criação de modelos positivos para os estudantes e as populações minoritárias e a provisão de melhores serviços às comunidades minoritárias<sup>142</sup>, traz da jurisprudência norte-americana um importante obstáculo à justificação sob o viés da compensação para a implementação das ações afirmativas, qual seja, o de que é impossível mensurar a culpa de cada antepassado branco para com os negros, e, ademais, tenha-se que o ordenamento jurídico não admite que a pena passe do condenado para seus sucessores, para, logo após, dar o fundamento da diversidade como a fundamentação mais aceita naquele País por sua Excelsa Corte, com o que não temos como discordar<sup>143</sup>.

Também CARVALHO sustenta a necessidade das ações afirmativas como promotoras da realização da diversidade<sup>144</sup>:

Cada vez mais me parece de uma dissonância inexplicável e indefensável, esse eurocentrismo quase cego que é perpetuado no nosso meio sem ser submetido à menor crítica. Deixo claro de início que chamo de eurocentrismo o paradigma

<sup>141</sup> FERES JÚNIOR, João. Aspectos normativos e legais das políticas de ação afirmativa. In: FERES JÚNIOR, João e ZONINSEIN Jonas (Orgs.). **Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas**. Brasília: Ed. da UnB, 2006, p. 46-62.

<sup>142</sup> RIOS, Roger Raupp. Ações afirmativas no Direito Constitucional brasileiro: reflexões a partir de debate constitucional estadunidense. **Anuário 2004/2005 Ajuris - Jurisdição e Direitos fundamentais**. Vol. I, tomo I, 2005, p. 281-302.

<sup>143</sup> RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e o direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e as ações afirmativas no direito constitucional estadunidense**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004, p. 207.

<sup>144</sup> CARVALHO, José Jorge de. **Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior**. São Paulo: Attar, 2005, p. 139.

tradicional de conhecimento científico ocidental que se tornou hegemônico entre os séculos XVIII e XIX.

E chega a sugerir, com o que concordamos, que se inclua o quesito diversidade racial na avaliação dos cursos de pós-graduação nacionais, uma vez que o negro deve poder estar em condições de competir verdadeiramente no mercado de trabalho, o que, coetaneamente, tem-se por exigir uma formação pós-universitária, notadamente na seara acadêmica, a qual é responsável pela formação de opinião<sup>145</sup>.

Nesse mesmo fundamento da diversidade, da heterogeneidade, trabalha CITADINO<sup>146</sup>:

A multiplicidade de valores culturais, visões religiosas de mundo, compromissos morais, concepções sobre a vida digna, enfim, isso que designamos por pluralismo, a configura de tal maneira que não nos resta outra alternativa senão buscar o consenso em meio da heterogeneidade, do conflito e da diferença.

No âmbito internacional dos direitos humanos, recomendou o relatório do desenvolvimento humano de 2004 das Nações Unidas que os Estados implementem políticas que promovam a inclusão de diferenças culturais para se tornarem mais inclusivos<sup>147</sup>.

E as ações afirmativas na área da educação, efetivamente, mostram-se um meio efetivo à alteração do caldo cultural da sociedade. Assim por SILVEIRA<sup>148</sup>:

A conjugação de coordenadas históricas e geográficas dos fatores socioculturais e econômicos da atualidade aponta a educação como área estratégica de intervenção. Esse movimento apóia-se em uma visão de sociedade e na relação, educação e cultura e concebe a educação como socialização, processo básico de inserção cultural. Cultura como construção histórica é dimensão do processo social e, ao mesmo tempo, produz a sociedade.

Sobremaneira interessante a correlação, ao final, entre os princípios da liberdade e o da igualdade, aparentemente dicotômicos, que, no entanto, vem a gerar a necessidade das ações afirmativas por parte do Estado, como defendido por HABERMAS<sup>149</sup>, uma vez que, sob o viés formalista da igualdade, luta-se por tratar um valor antagônico ao outro, o que, na ótica materialista, em nada corresponde à realidade, muito antes pelo contrário.

<sup>145</sup> CARVALHO, José Jorge de. **Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior**. São Paulo: Attar, 2005, p. 174.

<sup>146</sup> CITADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos de filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 77-78.

<sup>147</sup> FERES JÚNIOR, João e ZONINSEIN Jonas (Orgs.). **Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas**. Brasília: Ed. da UnB, 2006, p. 11.

<sup>148</sup> SILVEIRA, Marly. Pluralidade cultural ou atualidade do mito da democracia racial? In: BENTO, Maria Aparecida Silva, et al. **Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000, p. 57.

<sup>149</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 155.

O princípio da liberdade de direito gera desigualdades fáticas, pois, permite o uso diferenciado dos mesmos direitos por parte de sujeitos diferentes: com isso, ele preenche os pressupostos jurídico-subjetivos para uma configuração autônoma e privada da vida. Nesta medida, a igualdade de direito não pode coincidir com a igualdade de fato. De outro lado, essas desigualdades opõem-se ao mandamento da igualdade de tratamento jurídico, pois discriminam determinadas pessoas ou grupos, prejudicando realmente as chances para o aproveitamento de liberdades de ação subjetivas, distribuídas por igual. As compensações do Estado do bem-estar social criam a igualdade de chances, as quais permitem fazer uso simétrico das competências de ação asseguradas; por isso, a compensação das perdas em situações de vida concretamente desiguais, e de posições de poder, serve à realização da igualdade de direito. Nesta medida, a dialética entre igualdade de direito e de fato transformou-se num dos motores do desenvolvimento do direito sem ressalvas do ponto de vista normativo.

Concluindo, CASTRO, ainda que não se posicione sobre qual o fundamento principal, muito bem justifica a necessidade da adoção de ações afirmativas para o acesso dos negros à Universidade em face da gritante exclusão a que aquele grupo é submetido, tão bem demonstrada nas estatísticas sociais<sup>150</sup>:

Tal contexto de estatísticas sociais desfavoráveis para aqueles contingentes humanos inferiorizados da sociedade, a persistência nas generalizações legislativas, com adoção de normas simplistas, genéricas e iguais para todos, independentemente das notórias diferenças sociais e econômicas que são fruto, por exemplo, do escravismo e da cultura machista, não propicia a mobilidade e a emancipação social desses grupos discriminados e, até mesmo, aprofunda e reproduz os condenáveis preconceitos histórica e culturalmente enquistados no organismo social. Nesse campo de questões, que bem exprime as relações sempre tensas entre o Direito e a sociedade, a caracterizar o fenômeno a que designamos de constitucionalismo de resultado, percebe-se nitidamente o abandono do classicismo isonômico e a busca de instrumentos de aplicação e interpretação da Constituição capazes de enfrentar o imobilismo conservador e de prestigiar as políticas públicas mudancistas e de transformação social. Em tal ordem de convicções, as ações positivas despontam como um mecanismo da justiça distributiva, destinado a compensar inferioridades sociais, econômicas e culturais associadas a dados da natureza e ao nascimento dos indivíduos, como raça e sexo. (...) A adoção de cotas para ingresso de estudantes negros em universidades brasileiras afigura-nos como uma necessária medida para solucionar o desproporcional quadro do ensino superior em nosso País.

Aqui, no entanto, adiantando um pouco o que discorreremos mais detalhadamente no próximo capítulo, acerca da regra da proporcionalidade e suas três sub-regras, assentamos que uma política de antissubordinação, com o intuito de promover a igualdade material, adotada com o auxílio de ações afirmativas, não deve sacrificar um bem mais caro à sociedade do que o bem eleito para ser o objeto daquela intervenção positiva.

---

<sup>150</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 444-446 e 451.



### 4.3 As cotas são a única solução?

A política de cotas, como espécie do gênero ação afirmativa, tem encontrado muita resistência, quer nacional, quer internacionalmente. A principal crítica, além de várias outras plasmadas no presente trabalho e, modestamente, com tentativas de respostas por nós apresentadas, é de que as cotas dão um caráter de fixidez àquela política estatal, não refletindo a real situação de disparidade de determinado grupo no conjunto da sociedade. Já de início, GOMES traz à lume que a política de ações afirmativas não se resume à adoção das cotas:

no pertinente às técnicas de implementação das ações afirmativas, podem ser utilizados, além do sistema de cotas, o método do estabelecimento de preferências, o sistema de bônus e os incentivos fiscais (como instrumento de motivação do setor privado). Noutras palavras, ação afirmativa não se confunde nem se limita às cotas.<sup>151</sup>

No entanto, pensamos que, no caso brasileiro, ainda que como política de curto prazo, impõe-se a adoção da política de cotas para o acesso dos negros à Universidade, dada a situação de extrema exclusão a que hoje esse grupo da sociedade é submetido, como neste trabalho constataremos com dados estatísticos. Assim, a sub-regra da necessidade da regra da proporcionalidade, pensamos, fica justificada na maioria dos programas que já analisamos, ressaltando que, como veremos adiante, essa análise do respeito à proporcionalidade deve ser feita caso a caso. Em outras palavras, é necessário um “choque” cultural inicial, que só um programa de cotas fixas pode oferecer, tomando-se, todavia, desde o planejamento de tal política, vários cuidados necessários, os que serão também objeto do presente estudo, tais como uma entrevista pessoal com o candidato autodeclarado negro, a temporariedade, a adequação às diferenças raciais regionais, a instituição de programas de apoio aos cotistas ingressantes na Universidade e a compatibilização de tal programa com a necessidade social do candidato cotista negro.

Quando discutimos a pertinência das cotas raciais na sub-regra da necessidade, temos de aprender com HENRIQUES, o qual expõe a diferença de escolaridade interracial, que vem se mantendo historicamente, razão pela qual se justifica, neste ponto, a adoção das cotas, enquanto modalidade extrema das ações afirmativas<sup>152</sup>:

Ao analisarmos os níveis de escolaridade a partir do recorte racial, constatamos que a escolaridade de um jovem negro com 25 anos de idade gira em torno de 6,1 anos

<sup>151</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa: aspectos jurídicos**. Racismo no Brasil. São Paulo: Peirópolis Abong, 2002, p. 142.

<sup>152</sup> HENRIQUES, Ricardo. **Raça e gênero nos sistemas de ensino: os limites das políticas universalistas na educação**. Brasília: Unesco, 2002, p. 39-41.

de estudo; um jovem branco da mesma idade tem cerca de 8,4 anos de estudo. O diferencial é de 2,3 anos de estudo. A intensidade dessa discriminação racial, expressa em termos da escolaridade formal dos jovens adultos brasileiros, é extremamente alta, sobretudo se lembrarmos que se tratam de 2,3 anos de diferença em uma sociedade cuja escolaridade média dos adultos é em torno de seis anos. Embora a diferença entre nossos jovens brancos e negros de uma mesma coorte (faixa geracional) seja intensa, não é somente a magnitude dessa diferença que representa um elemento perturbador da discriminação observada. Em termos do projeto de sociedade que o país está construindo, o mais inquietante é a evolução histórica e a tendência de longo prazo dessa discriminação. Apesar da escolaridade média de brancos e negros crescer de forma contínua ao longo do século XX, a diferença de 2,3 anos de estudo entre jovens brancos e negros de 25 anos de idade é a mesma observada entre os pais desses jovens. E, de forma assustadoramente natural, 2,2 anos de estudo é a intensidade da diferença entre os avós desses jovens.

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 somente 2% da massa universitária, e, ainda, nos cursos considerados de baixa demanda<sup>153</sup>. 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<sup>154</sup>. É, assim, imperioso que se faça algo imediatamente, perante a disparidade de tratamento do negro e do branco pela sociedade, como demonstraremos com os dados estatísticos abaixo.

Encerrando este tópico, vejamos outro dado contundente justificador da necessidade da política de cotas em nosso país, desta feita de PETRUCCELLI, pesquisador do IBGE. O autor, analisando o censo de 2000, constata haver 285 mil médicos no Brasil, sendo que 83% destes se autodeclararam brancos. Com base nisso, conclui que haveria a necessidade de pelo menos 25 anos num sistema em que todas as vagas disponíveis nos cursos de Medicina no país fossem destinadas somente aos negros para se obter um número proporcional de médicos negros em relação à participação destes no total da população brasileira<sup>155</sup>.

Forte nisso, respondem-se a argumentos universalistas, como os de GONDEMBERG e DURHAM<sup>156</sup>, que, tentando buscar sempre o ideal, nunca começam a mexer nas estruturas profundamente desiguais da sociedade brasileira, e, aqui, o enfoque racial é muito incisivo. Até que ponto a busca do ideal, no presente caso, não representa um interesse na manutenção do *status quo* vigente altamente fomentador da desigualdade racial?

<sup>153</sup> CARVALHO, José Jorge de. **Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior**. São Paulo: Attar, 2005, p. 52 e 85.

<sup>154</sup> CARVALHO, José Jorge de. Op. cit., 2005, p. 52.

<sup>155</sup> PETRUCCELLI, José Luís. Mapa do ensino superior brasileiro. Rio de Janeiro: políticas da cor/LPP/Uerj e Seppir, 2004, p. 28. Série Ensaio e Pesquisas nº 1 (disponível para download em <[www.politicasdacor.net?](http://www.politicasdacor.net?)>).

<sup>156</sup> GOLDEMBERG, José e DURHAM, Eunice R. Cotas nas universidades públicas. In: FRY, Peter, Yvonne Maggie, MAIO, Marcos Chor, MONTEIRO, Simone e SANTOS, Ricardo Ventura (Orgs.). **Divisões perigosas: políticas raciais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 172.

#### 4.4 Dados estatísticos envolvendo os negros na população brasileira

Importante aspecto para estudarmos as ações afirmativas raciais, e, sobremaneira as cotas, de maneira séria é o conhecimento empírico dos problemas que as justificam. E, nesse diapasão, os dados estatísticos nos são muito úteis. Nos EUA, vige, nos tribunais, a evidência estatística para se fundamentar uma ação de indenização por discriminação ao acesso do mercado de trabalho por grupos discriminados, como visto acima. Reiteramos, esperamos logo poder contar que nossa jurisprudência pátria adote tal apoio estatístico nas suas decisões também, o que lhe dará uma maior conexão com os fatos sociais.

Já iniciamos a apresentação com alguns dados que comprovam a exclusão a que especialmente os negros são submetidos:

A população brasileira afro-descendente compõe um segmento nacional estagnado economicamente, atuando como fator negativo no índice de desenvolvimento humano do país. Seus membros têm oportunidades insignificantes de mobilidade social ascendente, são socialmente vulneráveis, ocupam geralmente os piores postos no mercado de trabalho, são maioria nas prisões e delegacias do Brasil, têm acesso restrito às oportunidades educacionais de ponta para sua integração aos empregos de melhor qualidade e tendem a ocupar os lugares mais degradados em termos físicos e ambientais nos meios urbanos e rurais. A discriminação educacional também aparece nesse quadro: os negros são os que mais sofrem, já que seu grau de escolarização é inferior ao dos brancos. Por outro lado, no âmbito da escolarização, é nítida a diferença, para menos, dos anos de estudo desse grupo populacional. Com efeito, enquanto a média de anos de estudo das pessoas maiores de dez anos, para o conjunto da população brasileira, situava-se em torno de 5,3 anos em 1996 - um número baixo, particularmente em função das demandas atuais de qualificação da força de trabalho -, essa média era de 6,2 anos para a população branca e de apenas 4,2 anos para a população de afro-descendentes, comprometendo, como mencionado anteriormente, suas chances de disputar postos de trabalho de maior qualidade no mercado... Nesse contexto, as diferenças sociais se expressam e as desigualdades se reforçam. No Brasil, os mais atingidos pela fragilidade das condições de segurança estão nas regiões e bairros mais pobres e encontram-se, principalmente, entre as mulheres, os jovens e os negros. Tratar dessa questão é, portanto, uma condição indispensável para a promoção de dinâmicas de redução das desigualdades.<sup>157</sup>

Com o suporte dos números abaixo, podemos começar a desmistificar o mito da democracia racial brasileira, na qual difunde-se a idéia de que todos, em nosso País, têm igualdade de oportunidades e de que, sobremaneira, os negros não têm acesso a maior participação social exclusivamente em virtude de fatores econômicos, e não por barreiras invisíveis criadas pela sociedade a eles criadas. Ou seja, o que queremos dizer é que, além daquele fator que podemos denominar de estresse racial, não olvidando que o Presidente

<sup>157</sup> Fonte: < <http://www.ibam.org.br/publique/media/reducao.pdf#search=%22regina%20novas%20e%20escala%20de%20discrimina%C3%A7%C3%A3o%20e%20negro%22>>. Acesso em: 02. out. 2006.

Redução das desigualdades sociais/Maria do Carmo de Lima Bezerra e Rubem César Fernandes (coordenação geral). - Brasília: Ministério do Meio Ambiente; Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis; Consórcio Parceria 21, 2000. 180p.

Médici ordenou a retirada do quesito cor do censo do IBGE de 1970, no que foi corroborado pelo Presidente Geisel, só retornando tal ponto no censo de 1980<sup>158</sup>, fazendo com que a desinformação fosse utilizada politicamente para inserir a idéia da democracia racial, ou em outras palavras, de que tal dado não era relevante para a sociedade, uma vez que à população não fazia diferença a cor de uma pessoa, com o que não temos como concordar.

HENRIQUES<sup>159</sup> muito bem dissecou que a idéia de democracia racial não subsiste, senão serve de ocultamento ao tratamento discriminatório que, de fato, os negros diariamente sofrem.

...que sobrevive como representação idealizada de nossa sociedade, sinalizando com a construção de uma sociedade tolerante e inclusiva. Mito que exercita, no cotidiano, o engano e a mentira escondendo, de forma perversa e sutil, a enorme desigualdade racial do país. Infelizmente, o poder de ocultamento desse mito enraizou-se em nosso senso comum e, desavisados, negamos desigualdade e o racismo.

Nas palavras de BENTO<sup>160</sup>: “É necessário que o significado da ‘brancura’, enquanto privilégio concreto e simbólico em nossa sociedade, e sua interferência nos processos de avaliação conduzidos no âmbito do trabalho sejam compreendidos”.

Ainda da doutrina, SILVEIRA nos traz as conseqüências nefastas da idéia de democracia racial<sup>161</sup>:

Na aparente vivência da diversidade, a fragmentação das nações e sua conseqüente falta de rumos parecem ser o produto final da prevalência de setores sociais que conseguiram, por muitas gerações, que seus princípios políticos, religiosos, suas relações sociais, seus padrões estéticos e morais tivessem status de universalidade unificadora entre os demais.

Digno de nota para a compreensão da questão do racismo ocultado, porém nem por isso menos nefasto, é a expressão “teto de vidro”, cunhada pelo jornal Wall Street, em 1986, sobre importante fenômeno da economia americana: “teto de vidro é um termo que descreve com muita precisão as barreiras invisíveis encontradas por mulheres, em geral, e homens

<sup>158</sup> CARVALHO, José Jorge de. **Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior**. São Paulo: Attar, 2005, p. 51.

<sup>159</sup> HENRIQUES, Ricardo. Silêncio - o canto da desigualdade racial. In: Organização Ashoka empreendimentos sociais e Takano Cidadania. **Racismos contemporâneos**. Rio de Janeiro: Takano, 2003, p. 13.

<sup>160</sup> BENTO, Maria Aparecida Silva, et al. **Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000, p. 24.

<sup>161</sup> SILVEIRA, Marly. Pluralidade cultural ou atualidade do mito da democracia racial? In: BENTO, Maria Aparecida Silva, et al. **Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000, p. 51.

oriundos de minorias para ascenderem ao topo da hierarquia das empresas”<sup>162</sup>. E continua PIZA<sup>163</sup>:

Em todas as sociedades, cujo modelo seja o homem branco, desenvolvem-se modos muito sofisticados - e freqüentemente negados - de códigos de aceitação baseados nas gradações de cor da pele. Não é um sistema explícito de separação negro/branco - como na África do Sul -, mas persiste tanto de forma consciente quanto inconsciente e pode ser (na realidade, é) um dado excludente, no momento de tomada de decisão para a seleção do empregado, do cargo, e para a mobilidade funcional.

Temos alguns dados impressionantes que demonstram a exclusão do negro da elite decisora da sociedade brasileira<sup>164</sup>:

- a) Dos 620 Procuradores da República, apenas sete são negros. Ou seja, 98,6% são brancos;
- b) No Poder Judiciário, dos 77 Ministros dos quatro tribunais superiores, existem apenas dois negros;
- c) Segundo a Associação dos Juizes Federais, dos 970 juizes, os negros ocupam menos do que 5% dos cargos;
- d) Não há nenhum ministro negro no STJ, e apenas um no STF, o Ministro Joaquim Benedito Barbosa Gomes, nomeado em 2003;
- e) No Ministério Público do Trabalho, dos 465 Procuradores, apenas sete são negros, ou seja, 98% são brancos;
- f) Na Câmara dos Deputados, dos então 513 Deputados Federais, apenas 20 eram negros, ou seja, somente 4% do total;
- g) No Senado, apenas dois dos então 81 Senadores eram negros, ou seja, 97% são brancos;
- h) Dos cerca de 1000 Diplomatas, menos de 10 deles são negros, ou seja, 99% são brancos.

Não entendemos como, mesmo assim, ainda dizem que, hoje, brancos e não-brancos não estariam separados, como já publicado em tom de crítica em face da Portaria nº 156/04, do MEC<sup>165</sup>.

<sup>162</sup> PIZA, Edith. O teto de vidro ou o céu não é o limite. In: BENTO, Maria Aparecida Silva, et al. **Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000, p. 99.

<sup>163</sup> PIZA, Edith. Op. cit., 2000, p. 106.

<sup>164</sup> CARVALHO, José Jorge de. **Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior**. São Paulo: Attar, 2005, p. 33.

Com seus formulários e fichas de matrícula, estava explicando à minha filha que ela não é amarelinha, rosadinha ou marronzinha. Que é branca, como seus irmãos de raça. E que seus outros colegas formam irmandades diferentes, pois são pretos, pardos, amarelos ou indígenas. Todos iguais, talvez. Mas separados.

Na tabela a seguir, constatamos que a população parda somada à preta chegou em 1999 a mais de 45% da população brasileira.

**TABELA 1 - Distribuição da população brasileira por cor (série histórica)<sup>166</sup>.** (em percentual)

ANO	AMARELA	BRANCA	INDÍGENA	PARDA	PRETA
1890	...	44,0	...	41,4	14,6
1940	0,7	63,5	...	21,2	14,6
1950	0,8	61,7	...	26,5	11,0
1960	0,8	61,0	...	29,5	8,7
1980	0,8	54,8	...	38,5	5,9
1992	0,4	54,0	0,1	40,1	5,4
1993	0,5	54,2	0,1	40,1	5,1
1995	0,5	54,4	0,1	40,1	4,9
1996	0,4	55,2	0,2	38,2	6,0
1997	0,4	54,4	0,1	39,9	5,2
1998	0,5	54,0	0,2	39,5	5,7
1999	0,5	54,0	0,2	39,9	5,4

Abaixo, verificamos que o negro pobre no Brasil é bem mais pobre que o branco pobre, dadas suas condições de infraestrutura. E mais: o negro pobre das regiões Norte e Nordeste é bem mais pobre do que o negro das regiões Sul e Sudeste, o que justifica a adoção das cotas raciais, independentemente das cotas sociais para alunos egressos de escolas públicas.

<sup>165</sup> MAGNOLI, Demétrio. Ministério da classificação racial. In: FRY, Peter; MAGGIE, Yvonne; MAIO, Marcos Chor; MONTEIRO, Simone e SANTOS, Ricardo Ventura (Orgs.). **Divisões perigosas: políticas raciais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 136.

<sup>166</sup> Fonte: Relatório de desigualdade racial no Brasil - IPEA(2001). Esta tabela foi organizada a partir dos dados dos censos demográficos e pesquisa nacional por amostra de domicílio (PNAD) nos anos de 1992, 1993, 1995, 1996, 1997 1998, 1999. Até 1980, a população amarela estava classificada na categoria outros.

**TABELA 2 - Domicílios por condição de saneamento segundo a cor da pessoa de referência (%) - 1999<sup>167</sup>.**

(em percentual)

Região	Água canalizada e Rede geral de distribuição		Esgoto e Fossa Séptica	
	Branca	Preta e Parda	Branca	Preta e Parda
<b>Brasil (1)</b>	<b>82,8</b>	<b>67,2</b>	<b>62,7</b>	<b>39,6</b>
Norte (2)	68,6	57,5	19,2	12,7
Nordeste	66,7	55,1	28,7	19,8
Sudeste	90,0	82,5	83,9	71,0
Sul	79,8	77,3	46,4	34,0
Centro-Oeste	75,2	66,4	38,7	31,3

Isso se reflete notadamente na mortalidade infantil do negro, maior do que a do branco, ainda que na mesma região socioeconômica do País, o que também corrobora que o negro, mesmo dentro da pobreza, sofre muito mais dificuldade em relação ao branco pobre.

**TABELA 3 - Taxa de mortalidade infantil e de menores de 5 anos de idade<sup>(1)</sup> por cor e sexo<sup>168</sup>.**

Região	Taxa de Mortalidade Infantil/mil		Taxa de Mortalidade para menores de 5 anos de idade/mil <sup>(2)</sup>	
	Homem	Mulher	Homem	Mulher
<b>Brasil</b>	<b>39,4</b>	<b>30,0</b>	<b>65,5</b>	<b>56,0</b>
Norte	37,8	27,3	□	□
Nordeste	58,9	46,3	105,7	86,1
Sudeste	29,7	21,5	41,4	32,0
Sul	25,9	19,6	36,2	29,6
Centro-Oeste	28,8	23,4	46,1	34,9

Continua...

<sup>167</sup> Fonte: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 1999 [CD-ROM]. Microdados. Rio de Janeiro: IBGE, 2000.

<sup>168</sup> Fonte: IBGE/DPE/Departamento de População e Indicadores Sociais. Divisão de Estudos e Análises da Dinâmica Demográfica. Projeto UNFPA/BRASIL (BRA/98/P08) - Sistema Integrado de Projeções e Estimativas Populacionais e Indicadores Sócio-demográficos.

<sup>(1)</sup> Estimativas obtidas aplicando-se técnicas demográficas indiretas de mortalidade às informações sobre sobrevivência de filhos nascidos vivos, fornecidas pelas mulheres e coletadas pela PNAD 1996. Por questões inerentes à técnica utilizada, os resultados dessas estimativas referem-se, em média ao período 1993/94 e não ao ano de 1996.

<sup>(2)</sup> Permanecem os dados de 1996.

**TABELA 3 - Taxa de mortalidade infantil e de menores de 5 anos de idade<sup>(1)</sup> por cor e sexo.**

...continuação.

Região	Taxa de Mortalidade Infantil/mil		Taxa de Mortalidade para menores de 5 anos de idade/mil <sup>(2)</sup>	
	Branca	Preta e Parda	Branca	Preta e Parda
<b>Brasil</b>	<b>37,3</b>	<b>62,3</b>	<b>45,7</b>	<b>76,1</b>
Norte	□	□	□	□
Nordeste	68,0	96,3	82,8	102,1
Sudeste	25,1	43,1	30,9	52,7
Sul	28,3	38,9	34,8	47,7
Centro-Oeste	27,8	42,0	31,1	51,4

Em anos de estudo, mesmo decorridos 7 anos, os pardos e pretos mantêm aproximadamente 60% do tempo médio de estudo dos brancos. Mais uma constatação estatística de que a adoção de uma cota racial é plenamente justificada pela sub-regras da adequação e da necessidade da proporcionalidade como medida de ação afirmativa extrema.

**TABELA 4 - Anos médios de estudo da população ocupada por cor<sup>169</sup>.**

ANO	PARDA	PRETA	BRANCA
1992	4,4	4	6,7
1999	5,2	5,2	7,6

**TABELA 5 - Pessoas de 5 anos ou mais de idade por cor ou raça e alfabetização, Brasil, 2000, agrupada<sup>170</sup>.**

Cor ou Raça	ALFABETIZAÇÃO		TOTAL
	Alfabetizadas	Não Alfabetizadas	
<b>Branca/Amarela</b>	74.172.400	9.007.102	82.459.440
	57,3%	37,4%	53,7%
<b>Preta/Parda/Indíg.</b>	54.386.727	14.878.326	9.823.842
	42,0%	61,8%	6,4%
<b>Sem Declaração</b>	833.714	207.983	1.041.697
	0,6%	0,9%	0,7%
<b>TOTAL</b>	129.392.841	24.093.775	153.486.616

<sup>169</sup> Fonte: IBGE/PNAD (1992 e 1999).

<sup>170</sup> Fonte: Tabela 2095, IBGE, Censo Demográfico, 2000, em <<http://www.sidra.ibge.gov.br/>>.



E o menor tempo de estudo leva, consecutivamente, a menor remuneração dos negros.

**TABELA 6 - Participação de negros e brancos nas faixas de rendimento (população ocupada) - 2001<sup>171</sup>.**

	RAÇA			
	NEGROS		BRANCOS	
	Núm. Abs.	%	Núm. Abs.	%
Sem rendimento	4.611.429	13,7	4.092.184	9,9
Até 0,5 SM	3.901.770	11,6	1.948.570	4,7
Acima de 0,5 até 1 SM	7.328.640	21,7	4.930.905	12,0
Acima de 1 até 2 SMs	9.242.778	27,4	10.317.282	25,1
Acima de 2 até 3 SMs	3.679.190	10,9	6.010.871	14,6
Acima de 3 até 5 SMSs	2.648.719	7,8	5.598.043	13,6
Acima de 5 até 10 SMSs	1.409.237	4,2	4.450.618	10,8
Acima de 10 até 20 SMSs	427.275	1,3	2.156.681	5,2
Acima de 20 SMs	136.073	0,4	995.906	2,4
Rendimento ignorado	389.516	1,2	682.353	1,7
<b>TOTAL</b>	<b>33.774.627</b>	<b>100</b>	<b>41.183.413</b>	<b>100</b>

Com a próxima tabela, reforçamos que, com a menor escolaridade dos negros, o salário desses empregados é sensivelmente menor do que o dos brancos.

**TABELA 7 - População ocupada, por cor, com indicação da média de anos de estudo e do rendimento médio mensal em salário mínimo, segundo as Grandes Regiões, Unidades da Federação e Regiões Metropolitanas - 2004.**

Regiões, Unidade da Federação e Regiões Metropolitanas	POPULAÇÃO OCUPADA, POR COR			
	Branca		Preta e Parda	
	Média de anos de estudo	Rendimento médio mensal em salário mínimo	Média de anos de estudos	Rendimento médio mensal em salário mínimo
<b>Brasil</b>	<b>8,4</b>	<b>3,8</b>	<b>6,2</b>	<b>2,0</b>
<b>Norte</b>	<b>7,9</b>	<b>3,3</b>	<b>6,2</b>	<b>2,1</b>
Rondônia	7,7	3,7	6,1	2,3
Acre	7,6	3,5	5,6	2,3

Continua...

<sup>171</sup> Fonte: PNAD 2001-IBGE. Elaboração: SPS/MPS. Obs.: A população negra engloba as pessoas pretas e pardas.

**TABELA 7 - População ocupada, por cor, com indicação da média de anos de estudo e do rendimento médio mensal em salário mínimo, segundo as Grandes Regiões, Unidades da Federação e Regiões Metropolitanas - 2004.**

...continuação.

Regiões, Unidade da Federação e Regiões Metropolitanas	POPULAÇÃO OCUPADA, POR COR			
	Branca		Preta e Parda	
	Média de anos de estudo	Rendimento médio mensal em salário mínimo	Média de anos de estudos	Rendimento médio mensal em salário mínimo
Amazonas	9,0	3,5	6,9	2,1
Roraima	7,8	2,5	7,3	2,3
Pará	7,3	3,1	5,9	2,0
Reg. Metropol. de Belém	9,4	3,4	7,8	2,2
Amapá	9,1	3,7	7,3	2,4
Tocantins	7,6	3,1	6,2	1,9
<b>Nordeste</b>	<b>6,8</b>	<b>2,5</b>	<b>5,3</b>	<b>1,5</b>
Maranhão	6,6	2,7	5,3	1,5
Piauí	5,9	2,0	4,6	1,3
Ceará	7,0	2,3	5,3	1,4
Reg. Metropol. de Fortaleza	8,9	3,5	6,9	1,9
Rio Grande do Norte	7,2	2,6	5,8	1,7
Paraíba	6,5	2,5	4,9	1,5
Pernambuco	7,2	2,8	5,7	1,6
Região Metropol. de Recife	9,6	4,1	7,5	2,2
Alagoas	6,4	2,2	4,1	1,2
Sergipe	7,9	2,7	5,8	1,8
Bahia	6,4	2,5	5,4	1,6
Reg. Metropol. de Salvador	10,1	4,7	7,9	2,1
<b>Sudeste</b>	<b>9,0</b>	<b>4,1</b>	<b>7,0</b>	<b>2,3</b>
Minas Gerais	8,1	3,4	6,3	1,8
Reg. Metropol. de Belo Horizonte	9,4	4,4	7,7	2,4
Espírito Santo	8,5	3,7	6,9	2,1
Rio de Janeiro	9,3	4,4	7,5	2,6
Reg. Metropol. de Rio de Janeiro	9,7	4,8	7,8	2,7
São Paulo	9,2	4,3	7,3	2,5
Reg. Metropol. de São Paulo	9,7	4,9	7,6	2,6
<b>Sul</b>	<b>8,1</b>	<b>3,6</b>	<b>6,3</b>	<b>2,1</b>
Paraná	8,3	3,9	6,3	2,1
Reg. Metropol. de Curitiba	9,3	4,7	7,4	2,6
Santa Catarina	8,2	3,5	5,8	2,2

Continua...

**TABELA 7 - População ocupada, por cor, com indicação da média de anos de estudo e do rendimento médio mensal em salário mínimo, segundo as Grandes Regiões, Unidades da Federação e Regiões Metropolitanas - 2004.**

...continuação.

Regiões, Unidade da Federação e Regiões Metropolitanas	POPULAÇÃO OCUPADA, POR COR			
	Branca		Preta e Parda	
	Média de anos de estudo	Rendimento médio mensal em salário mínimo	Média de anos de estudos	Rendimento médio mensal em salário mínimo
Rio Grande do Sul	7,9	3,5	6,5	2,2
Reg. Metropol. de Porto Alegre	9,0	4,2	7,4	2,5
<b>Centro-Oeste</b>	<b>8,5</b>	<b>4,5</b>	<b>6,8</b>	<b>2,6</b>
Mato Grosso do Sul	8,1	3,6	6,3	2,1
Mato Grosso	8,2	4,3	6,5	2,3
Goiás	7,9	3,5	6,6	2,4
Distrito Federal	10,7	7,9	8,4	4,0

Isso sem falar no desemprego da comunidade negra, muito maior do que a dos brancos, ainda que na mesma região socioeconômica.

**TABELA 8 - Taxa de desocupação das pessoas de 15 a 65 anos de idade por cor e sexo - 1999<sup>172</sup>.**

Região	Total	Homens	Mulheres	Branca	Preta e Parda
<b>Brasil (1)</b>	<b>9,9</b>	<b>8,1</b>	<b>12,3</b>	<b>9,0</b>	<b>10,9</b>
Norte (2)	11,7	9,2	15,1	10,4	12,0
Nordeste	8,5	7,2	10,4	8,1	8,7
Sudeste	11,2	9,2	14,1	10,1	13,5
Sul	8,1	6,7	10,0	7,5	11,1
Centro-Oeste	9,4	7,0	12,8	8,4	10,3

Diante desses números apresentados, não há como o branco e o negro não serem vistos diferentemente pela sociedade brasileira, ainda que ambos estejam na pobreza, o que comprova que, este, tende a ser uma pessoa indesejada nos círculos sociais, e, muito mais, junto ao seio das famílias.

<sup>172</sup> Fonte: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 1999 [CD-ROM]. Microdados. Rio de Janeiro: IBGE, 2000.

**TABELA 9 - Qualidades positivas (preferência por brancos)<sup>173</sup>.**

AMIGO	76,2%
ESTUDIOSO	75,3%
INTELIGENTE	81,4%
BONITO	95,0%
RICO	94,6%

**TABELA 10 - Qualidades negativas (preferência por negros).**

BURRO	82,1%
FEIO	90,3%
PORCO	84,4%
GRANDE LADRÃO	79,6%

**TABELA 11 - Receptividade à miscigenação racial. Preferência por tipos de casamento.**

HOMEM BRANCO/MULHER BRANCA	73,7%
HOMEM NEGRO/MULHER NEGRA	19,2%
CASAIS MISTOS	9,0%

#### 4.5 Ações afirmativas no mundo

Vistos sobejos dados estatísticos que comprovam a inferiorização do negro em nossa sociedade em relação ao branco<sup>174</sup>, justificadores empíricos para a adoção da política de cotas raciais para o ingresso do negro na Universidade, voltemos à idéia da igualdade material, pela qual o conceito de ações afirmativas foi ganhando espaço no cenário mundial.

Marco definitivo desse processo foi a Convenção de Durban, na África do Sul, no período de 31 de agosto a 8 de setembro de 2001, a qual teve como documento final a Declaração e Programa de ação de Durban, cujos pontos abaixo destacamos no tocante à adoção pelos Estados aderentes de ações positivas na área educacional visando à inserção efetiva dos negros na sociedade<sup>175</sup>:

Reafirmando que a diversidade cultural é um valioso patrimônio para o avanço e bem-estar da humanidade como um todo, e que deve ser valorizada, desfrutada,

<sup>173</sup> FIGUEIRA, Vera Moreira. Preconceito racial na escola. **Cadernos Cândido Mendes – Estudos afro-asiáticos**, n.18, p. 63-73, maio, 1990. Tabelas 11 a 13.

<sup>174</sup> Ainda, remetemos o leitor ao ANEXO A do presente trabalho, no qual colocamos a Pesquisa Mensal de Emprego do IBGE, de set. 2006, em um estudo especial sobre cor ou raça.

<sup>175</sup> Disponível em: <[http://www.comitepaz.org.br/Durban\\_1.htm](http://www.comitepaz.org.br/Durban_1.htm)>. Acesso em: 07. jan. 2007.

genuinamente aceita e adotada como característica permanente que enriquece nossas sociedades.

Plenamente conscientes de que, apesar dos esforços realizados pela comunidade internacional, Governos e autoridades locais, o flagelo do racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata persiste e continua sendo causa de violações dos direitos humanos, sofrimentos, desvantagens e violência, que devem ser combatidos por todos os meios disponíveis e apropriados como questão de prioridade máxima, preferencialmente em cooperação com comunidades atingidas.

QUESTÕES GERAIS:

2- Reconhecemos que racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata ocorrem com base em raça, cor, descendência, origem nacional ou étnica e que as vítimas podem sofrer múltiplas ou agravadas formas de discriminação calcadas em outros aspectos correlatos como sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outro tipo, origem social, propriedade, nascimento e outros.

VÍTIMAS DE RACISMO, DISCRIMINAÇÃO RACIAL, XENOFOBIA E INTOLERÂNCIA CORRELATA

32 Reconhecemos o valor e a diversidade da herança cultural dos africanos e afrodescendentes e afirmamos a importância e a necessidade de assegurar sua total integração à vida social, econômica e política, visando facilitar sua plena participação em todos os níveis dos processos de tomada de decisão.

ESTRATÉGIAS PARA ALCANÇAR A IGUALDADE PLENA E EFETIVA, ABRANGENDO A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E O FORTALECIMENTO DAS NAÇÕES UNIDAS E DE OUTROS MECANISMOS INTERNACIONAIS NO COMBATE AO RACISMO, DISCRIMINAÇÃO RACIAL, XENOFOBIA E INTOLERÂNCIA CORRELATA

108 Reconhecemos a necessidade de se adotar medidas especiais ou medidas positivas em favor das vítimas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata com o intuito de promover sua plena integração na sociedade. As medidas para uma ação efetiva, inclusive as medidas sociais, devem visar corrigir as condições que impedem o gozo dos direitos e a introdução de medidas especiais para incentivar a participação igualitária de todos os grupos raciais, culturais, lingüísticos e religiosos em todos os setores da sociedade, colocando a todos em igualdade de condições. Dentre estas medidas devem figurar outras medidas para o alcance de representação adequada nas instituições educacionais, de moradia, nos partidos políticos, nos parlamentos, no emprego, especialmente nos serviços judiciários, na polícia, exército e outros serviços civis, os quais em alguns casos devem exigir reformas eleitorais, reforma agrária e campanhas para igualdade de participação.

#### 4.5.1 Na Índia

Ao menos a título histórico, não poderíamos deixar de mencionar o caso da Índia, a qual foi o primeiro país a adotar o sistema de cotas raciais, previstas já em sua Constituição de 1949, no seu art. 16<sup>176</sup>:

<sup>176</sup> “(4) Nothing in this article shall prevent the State from making any provision for the reservation of appointments or posts in favour of any backward class of citizens which, in the opinion of the State, is not adequately represented in the services under the State.

(4A) Nothing in this article shall prevent the State from making any provision for reservation in matters of promotion to any class or classes of posts in the services under the State in favour of the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes which, in the opinion of the State, are not adequately represented in the services under the State”.

(4) Nada neste artigo deve impedir o Estado de prover a reserva de compromissos ou postos em favor de qualquer classe desfavorecida de cidadãos que, na opinião do Estado, não esteja adequadamente representadas nos serviços públicos.

(4A) Nada neste artigo deve impedir o Estado de prover a reserva em matéria de promoção para qualquer classe ou classe de postos nos serviços estatais em favor das castas e tribos incluídas as quais, na opinião do Estado, não estão adequadamente representadas nos serviços públicos.

(tradução livre)

Na sua versão originária, a cláusula da igualdade tinha uma matiz geral; no entanto, após a aprovação de emendas introduzindo formas específicas de ação afirmativa, mesmo assim, à Suprema Corte daquela País foram submetidos casos que não estavam lá arrolados. O entendimento, então, foi o de que o princípio da igualdade fora relativizado, e, mesmo as ações afirmativas não tendo o objeto específico constante do permissivo constitucional, são estas possíveis, pois há que se fazer uma interpretação aberta do Texto Maior. A isso chamou-se de interpretação holística<sup>177</sup>. Importante atentarmos para situação análoga da Constituição brasileira, a qual não especifica expressamente autorização para tratamento diferenciado para os negros; contudo, assim o faz para deficientes e mulheres. Pelo que se analisará abaixo, acerca da constitucionalidade dessas medidas afirmativas raciais no Brasil, a mesma interpretação fica legitimada no ordenamento jurídico vigente.

Aplicada então até hoje, a política de cotas no ensino superior indiano vem dando resultados efetivos no alcance de seu objetivo, senão vejamos pelo fato de que, em 1950, 1% dos Dalits tinha curso superior, número este que em 2005 chegou a 12%<sup>178</sup>.

#### 4.5.2 Na África do Sul

Berço do apartheid, não poderíamos também deixar de trazer, ao menos a título de notícia, o conteúdo da igualdade na atual Constituição sul-africana, também de caráter afirmativo, num país no qual tais ações, diferentemente do caso americano, aplicam-se à maioria da sua população:

Igualdade inclui total e igual aproveitamento de direitos e liberdades. Promover a conquista da igualdade, legislativamente e em outros termos designada para proteger pessoas, ou grupos de pessoas que estão em desvantagem por serem injustamente discriminadas. Discriminação em um ou mais níveis listados na subseção 3 é injusta, a menos que estabelecida que a discriminação é justa. (tradução livre).<sup>179</sup>

<sup>177</sup> TUSHNET, Mark. Regras da Corte Suprema norte-americana sobre ação afirmativa. **Anuário 2004/2005 Ajuris - Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Vol. I, tomo I, 2005, p. 303-320.

<sup>178</sup> Disponível em <<http://www.radiobras.gov.br/abrn/brasilagora/materia.phtml?materia=261959>>. Acesso em: 28. ago. 2006.

<sup>179</sup> “Equality

#### 4.5.3 Nos Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos, país a partir do qual as ações afirmativas tiveram projeção internacional, a interpretação judicial acerca da discriminação positiva veio a impulsionar posteriormente o Executivo a legislar a respeito. No entanto, nem sempre a Suprema Corte foi favorável à adoção das ações afirmativas, como veremos abaixo, muito antes pelo contrário, ou seja, sequer a igualdade formal era assegurada aos negros<sup>180</sup>: Registre-se que o Legislativo daquele País não teve participação relevante na formulação de tais políticas públicas inclusionistas. Digno de relevo, no entanto, é a pressão dos movimentos negros naquele país - a qual exortamos que aconteça também em nosso País de forma organizada e efetiva via campanhas de esclarecimento popular e movimentos sociais pressionando por evoluções legislativas - que, independentemente do partido republicano, mais avesso à política de cotas, ou do democrata, mais favorável à tal implementação, fez por implementar a política afirmativa naquele país. A propósito, KAUFMANN, ao se referir à efusiva manifestação do presidente republicano Richard Nixon ao saber do julgamento no caso Brown II, na busca de popularidade, a qual, entretanto, foi alvo de críticas de setores mais conservadores do partido<sup>181</sup>:

O que se procura ressaltar, nesse ponto, não são os rumos dos partidos políticos norte-americanos, nem a coerência dos seus ideais. Apenas se quer sugerir que a adoção de uma política afirmativa integrativa terminaria por acontecer de qualquer maneira, independentemente de quem estivesse no poder - e o fato de ter sido efetivada por um presidente republicano talvez conceda mais veracidade a esta afirmação.

Passaremos, a partir de agora, a analisarmos alguns casos judiciais que foram responsáveis pela construção da política de ação afirmativa nos Estados Unidos da América.

Caso Plessy v. Ferguson (163 U.S. 537, 1896):

A Suprema Corte norte-americana, negando o recurso de Plessy, considerado negro pelo Estado da Louisiana, entendeu que era permitido aos Estados estabelecer distinção entre passageiros em trolebus ou qualquer meio de transporte privado, posto que a igualdade

---

9. (2) Equality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, who are disadvantaged by unfair discrimination may be taken.

5) Discrimination on one or more of the grounds listed in subsection (3) is unfair unless it is established that the discrimination is fair”.

<sup>180</sup> 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. 163.

<sup>181</sup> KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 209.

prevista na 14ª Emenda não determinava a eliminação de desigualdades sociais. Assim, ainda que inicialmente somente para o sistema de transporte, mas depois alargado para todos os setores incluindo instituições de ensino, a igualdade de tratamento seria possível de se obter quando fossem fornecidas às diferentes raças iguais benefícios governamentais, mesmo que estes fossem fornecidos separadamente. Era a consagração da doutrina “equal, but separated”<sup>182</sup>. Ficou vencido apenas o Justice John M. Harlan, entendendo ser inconstitucional a lei de Lousiana com base na doutrina de que a “constitution is colorblind”<sup>183</sup>.

Caso *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483, 1954):

Neste caso, com o Justice Earl Warren na Presidência da Suprema Corte, foi dado início ao que se denomina de ativismo judicial norte-americano em prol das ações afirmativas. Aqui se destruiu a teoria dos iguais mas separados no âmbito do ensino público. Entendimento diverso feriria o insculpido na 14ª Emenda. Veja-se que somente em 1969, no caso *Alexander v. Holmes Country Board of Education*<sup>184</sup>, foi determinado que também nas escolas privadas fosse banida qualquer discriminação segregatória em relação aos negros.

Ainda, em 1955, um ano após o julgamento do caso *Brown*, no caso que ficou conhecido como *Brown II*<sup>185</sup>, no mesmo sentido daquele foi a decisão da Suprema Corte norte-americana, desta feita para que houvesse a garantia por parte do Estado no transporte de alunos de suas casas até às escolas públicas, para dar efetividade ao comando da Suprema Corte. Ainda, foi determinado que os Estados implementassem com maior velocidade o fim da discriminação racial promovida contra os negros. Registre-se que pouca não foi a resistência por parte das escolas estaduais, tendo havido necessidade de o FBI e o Exército serem chamados para o fiel cumprimento do decidido por aquela Corte<sup>186</sup>.

Finalmente, então, o Poder Executivo Federal norte-americano, a partir da década de 60, entra em cena com a criação de medidas positivas antidiscriminação. Esse histórico está muito bem apanhado pela mais recente Ministra do Supremo Tribunal Federal brasileiro<sup>187</sup>:

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

<sup>182</sup> Iguais, mas separados. (tradução livre)

<sup>183</sup> A Constituição é cega à cor. (tradução livre)

<sup>184</sup> (396 U.S. 19).

<sup>185</sup> *Brown vs. Board of Education of Topeka* (349 U.S. 294, 1955).

<sup>186</sup> 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. 168.

<sup>187</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa - o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista trimestral de Direito Público*, nº 15, 1996, p. 87.



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, juridicamente.*

E também aos particulares o Executivo americano impôs as ações afirmativas raciais, via criação de requisitos para a contratação com o Poder público<sup>188</sup>:

Contudo, se é importante destacar o papel da sociedade, é fundamental expor o papel do Estado americano, uma vez que, na maioria dos casos, as ações afirmativas são impostas em face da resistência oposta por segmentos sociais mais conservadores. Nesse sentido, o papel do Poder Executivo foi decisivo na experiência americana. Como exemplo, destacamos o Decreto Executivo nr. 11.246/65, emanado pelo Presidente Lyndon Johnson, que condicionava a celebração de contratos administrativos com a União à admissão de percentuais razoáveis de minorias.

Caso *Regents of the University of California v. Bakke* (438 U.S. 265, 1978).

Continuando a participação decisiva do Judiciário norte-americano no assunto de inclusão afirmativa dos negros, tenha-se que, no caso *Bakke*, julgado em 1978 pela mesma Suprema Corte, a despeito de não ter sido aceita a reserva de vagas para minorias raciais para o ingresso na Universidade da Califórnia por argumentos em prol da superação da discriminação social, dando-se ganho de causa a *Bakke*, um estudante branco que se sentiu preterido para o ingresso no Curso de Medicina dado o sistema adotado pela Universidade, a maioria, acompanhando o Justice Powell, deixou assentado que as universidades poderiam, sim, valer-se das ações afirmativas para obterem um corpo de estudantes diversificado, criando, assim, um ambiente plural, necessário para uma formação de nível superior; entretanto, não em um percentual fixo, como o aplicado pela Universidade da Califórnia, o que desconsideraria a situação individual de cada beneficiado pela política. Para isso, citou o exemplo de seleção de alunos da Universidade de Harvard, de atribuição de pontos, e, dentre estes, a concessão de alguns a negros.

<sup>188</sup> 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. 189.

De importância para a evolução das ações afirmativas, tenha-se que os juízes da Suprema Corte americana criaram nesse caso, então, o conceito de classe suspeita para analisar, tendo o juiz Powell, o detentor do voto decisivo para a fixação da diretriz de constitucionalidade da medida de ação afirmativa, aplicado tal classe aos beneficiados pelo programa. Assim, consideraram integrantes de tal classe os que sofreram um histórico de tratamento desigual propositalmente, ou aos que não detenham poder político para alterar essa situação. Assim sendo, o julgamento, quando uma lei atribui desvantagem a membros de classe suspeita, deveria pautar-se a um escrutínio estrito. Isso significa que tal situação, a menos que seja possível provar que essa desvantagem é essencial para interesses do governo, deve ser declarada inconstitucional pelo Judiciário. Ao contrário, se essa desvantagem for para integrantes da classe não suspeita, submete-se a um critério de escrutínio frouxo. Com isso, devem ser julgadas constitucionais as leis criando desvantagens a esse grupo, a não ser que a medida não preencha os critérios mínimos da razoabilidade<sup>189</sup>. Atente-se que a cultura norte-americana não utiliza o conceito de proporcionalidade, com suas três sub-regras, senão a razoabilidade, esta somente com sentido de comparação entre os valores em colisão envolvidos no caso sob exame.

#### Casos Grutter v. Bollinger

Mais recentemente, em 2003, a Suprema Corte estadunidense publicou mais uma decisão envolvendo ações afirmativas para ingresso nas Universidades, no caso, a de Michigan. Nele, o entendimento esposado no caso Bakke foi mantido com a reserva do critério restrito, ou seja, para a constitucionalidade de tais medidas devem elas, após se detectar seu caráter temporário, ainda passar por dois testes, quais sejam, a comprovação da necessidade de diversidade do corpo discente e a análise da razoabilidade, conforme acima mencionado, sem a fixação de cotas, mas possibilitando pontos a, fundamentadamente, negros excluídos.

Como técnica de análise para verificação da discriminação efetiva, a Suprema Corte americana tem adotado, como no presente caso, com sucesso, a do impacto desproporcional. Consiste ela em adoção de critérios estatísticos para provar, cientificamente, que os grandes números podem ocultar a discriminação racial. Nas palavras de CRUZ, com a constatação de que tal técnica, chegamos ao reconhecimento da discriminação indireta, a qual já expusemos

---

<sup>189</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 586.

em pormenores em capítulo próprio acima. Infelizmente, não é tal técnica aplicada pelo Judiciário brasileiro. Oxalá, repetimos mais uma vez, venha a ser utilizada<sup>190</sup>.

Outra técnica é a chamada teoria do impacto desproporcional (*disparate impact doctrine*). Por meio dela, políticas governamentais e empresariais, aparentemente neutras e observadoras do princípio da isonomia formal, passam a ser objeto de controle da constitucionalidade pelo princípio do *due process of law* substantive. Esta teoria permite a correção de atos discriminatórios desprovidos de intencionalidade na conduta. Precedente original da *disparate impact doctrine* foi o caso *Griggs vs. Duke Power Co.*, 420 F2d1225 de 1971. Na demanda, os requerentes negros consorciados/apoiados pelo Governo Federal americano insurgiram-se contra teste de inteligência realizado para processo de admissão na empresa. Em sua defesa, a empresa alegava que o teste era objetivo, dando igual oportunidade a brancos e negros. Tanto era assim, que diversos negros compunham seu quadro de empregados. No entanto, os autores lograram provar que os postos obtidos pelos negros eram manifestamente subalternos. A presença de negros exclusivamente ali, ao invés de reduzir a segregação racial, a acirrava, pois sublinhava o discurso racista de subordinação e inferioridade da raça negra... A partir de então, o elemento estatístico tornou-se prova fundamental e amplamente aceita pela Corte americana, como mecanismo de aferição da inconstitucionalidade por violação da 14ª Emenda pelo emprego da teoria do impacto desproporcional da medida. Se os dados estatísticos demonstrarem haver um visível prejuízo para as minorias, tornar-se-ão elementos probatórios da ilegitimidade da discriminação. Geeraldo Günther descreve caso interessantíssimo de aplicação da teoria do impacto desproporcional. A Prefeitura de São Francisco acatava 99% dos pedidos de permissão para exploração de lavanderia para os brancos. De outro lado, esse percentual caía para 1% quando os pedidos eram formulados por pessoas de origem asiática. A Corte, cônica de que quase 25% da população de São Francisco eram imigrantes ou descendentes de imigrantes asiáticos, considerou nesse caso *yickwo* a conduta da municipalidade viciada por razões discriminatórias... No Brasil, todavia, nenhuma dessas duas técnicas logrou sua adoção pelo nosso Judiciário. Somente a discriminação direta, intencional e com motivação exclusiva permite ao cidadão obter indenização ou correção do malefício praticado.

GOMES nos traz os resultados altamente positivos da adoção da política de ação afirmativa nos Estados Unidos<sup>191</sup>:

De acordo com os dados apresentados no magnífico estudo conduzido por um ex-Presidente da Universidade de Harvard e ex-diretor da Faculdade de Direito daquela mesma Universidade, Derek Bok, em colaboração com um ex-Presidente da Universidade de Princeton, William Bowen, os avanços obtidos pelos negros norte-americanos na área da educação, em consequência das ações afirmativas, são simplesmente impressionantes, sobretudo se levarmos em conta o fato de que, até o início dos anos 60, negros eram proibidos de freqüentar os mesmos locais públicos, as mesmas escolas, os mesmos locais de diversão freqüentados pelos brancos. O mencionado estudo revela, por exemplo, que o percentual de negros formados em Universidades e escolas profissionais pulou, entre 1960 e 1995, de 5,4% para 15,5% do total de graduandos; nas faculdades de Direito o progresso foi de 1% para 7,55%, ou seja, mais de 700%; em Medicina, de 2,2% em 1964, para 8,1% em 1995; as empresas americanas em geral, que no início dos anos 60 não tinham negros em

<sup>190</sup> GÜNTHER, Gerald. *Constitutional law*. 13. ed. New York: The dation, Westbury, 1997. 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. 48-50.

<sup>191</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: O direito como instrumento de transformação social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 114.

cargos executivos (como no Brasil do ano 2000!), atualmente abrigam 8% de negros nas posições de executivos e administradores; o número total de agentes públicos eleitos (governadores, prefeitos, delegados, juízes e promotores, xerifes, etc) passou, entre 1965 e 1995, de 280 para 7984.

Ainda sobre a mudança do perfil social experimentado pela sociedade norte-americana pós-adoção das ações afirmativas na área racial, em prol dos negros, veja-se MUNANGA<sup>192</sup>:

Foi graças a ela que se deve o crescimento da classe média afro-americana, que hoje atinge cerca de 3% de sua população, sua representação no Congresso Nacional e nas Assembléias estaduais; mais estudantes nos níveis de ensino correspondentes ao nosso Ensino Médio e Superior; mais advogados, professores nas universidades, inclusive nas mais conceituadas, mais médicos nos grandes hospitais e profissionais, em todos os setores da sociedade americana. Apesar de as críticas contra ação afirmativa, a experiência das últimas quatro décadas nos países que implementaram não deixam dúvidas sobre as mudanças alcançadas.

Contudo, ainda que sem desmerecer a política norte-americana no tocante às ações afirmativas raciais, não podemos nos esquecer de que, terminado o curso superior, a lógica capitalista também tem arrebatado os beneficiários do programa. Nas palavras de CARVALHO<sup>193</sup>:

A expectativa final para os estudantes negros passa a ser a mesma decretada para os estudantes brancos que entraram sem o apoio de pontos por ações afirmativas: que ao terminar o curso transforme-se em um vencedor, enquanto seus pares de cor que não conseguiram ingressar serão vistos como perdedores. É essa lógica vencedor-perdedor, absolutizada pela cultura capitalista branca norte-americana, que jamais foi retirada de sua política de ações afirmativas.

Ao encerrarmos a apresentação do sistema americano de cotas, julgamos importante, sob o ponto de vista sociológico, deixarmos assentado em nossa conclusão que toda a comunidade acadêmica sai com vantagem após a adoção das políticas de ação afirmativa, pois a diversidade a todos enriquece. Críticos do sistema, por outro lado, enfatizam que o nível das universidades cai com a entrada de alunos não preparados. Veja-se, contrariando os críticos, o primeiro estudo aprofundado estatístico após os 30 anos de implementação de tais ações nas universidades norte-americanas, da lavra de William G. Bowen, ex-reitor de Princeton e Derek Bok, ex-reitor de Harvard, numa base de dados de mais de 80.000 graduados<sup>194</sup>.

<sup>192</sup> MUNANGA, Kabengele. Políticas de Ação Afirmativa em benefício da população negra no Brasil - Um ponto de vista em defesa das cotas. **Revista Espaço Acadêmico**, Maringá, n. 22, ano II, mar., 2003. Disponível em <<http://www.espacoacademico.com.br>>. Acesso em: 18. fev. 2004, p. 1.

<sup>193</sup> CARVALHO, José Jorge de. **Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior**. São Paulo: Attar, 2005, p. 177.

<sup>194</sup> Cfme. estudo de William G. Bowen e Derek Bok, *The shape of the River: long-term consequences of considering race in college and University admissions* (Princeton: Princeton University Press, 1998). Apud: DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 546 e ss.

Desse estudo, focado exclusivamente na educação superior norte-americana, tiramos uma importante conclusão<sup>195</sup>:

Se, no fim das contas, a pergunta é se as faculdades e universidades mais exigentes tiveram êxito na formação de um grande número de alunos pertencentes a grupos minoritários, que já alcançaram considerável êxito e parecem ter probabilidade de, com o tempo, vir a ocupar cargos de liderança em toda a sociedade, não temos dificuldade para responder à pergunta. Com certeza... No geral, concluímos que as faculdades e as universidades academicamente exigentes tiveram muito êxito no uso das políticas de admissão sensíveis à raça para promover metas educacionais importantes para todos.

E, ainda, desmistificamos a idéia de que as notas dos cotistas são muito piores do que a dos não-cotistas. Os pesquisadores acima tomaram as notas acadêmicas médias dos primeiros e dos segundos, e obtiveram, respectivamente, 1145 e 1181, ou seja, uma diferença inferior a 4%. Com isso, provou-se que, eliminando o programa, embora em muito fosse reduzido o número de negros nas Universidades, a nota média dos não-cotistas que ficariam nos bancos escolares não seria significativamente maior.

Esperamos, assim, com base na doutrina internacional, e no fato por nós trazido de que as provas a que os negros e brancos são submetidos durante o período acadêmico são as mesmas, ter respondido à seguinte questão levantada por Kwame Anthony Appiah, e também tão propalada por muitos dos críticos das ações afirmativas raciais: “O problema das cotas é que a universidade não terá utilidade alguma para o aluno se ele não estiver preparado”<sup>196</sup>.

---

<sup>195</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 551.

<sup>196</sup> Cfme. matéria veiculada em *Veja*, nº 1946, de 08/03/2006.

## 5 UMA NECESSÁRIA RELEITURA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

### 5.1 A contextualização constitucional envolvendo as ações afirmativas para o ingresso dos negros na Universidade

Iniciando o presente capítulo, exortamos os leitores para, em sendo possível, procurar minimizar suas cargas prévias de pré-conceitos, dado que o tema da constitucionalidade das cotas raciais, mesmo no âmbito do universo acadêmico, é um dos que mais polêmica tem criado na sociedade brasileira nos últimos anos<sup>197</sup>. E aqui nos valemos de HEIDEGGER<sup>198</sup>: “Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já ‘põe’, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia”.

Não podemos nos furtar das lições de MAXIMILIANO acerca da função do hermenêuta, as quais após mais de meio século continuam, em muito, sendo aplicadas<sup>199</sup>:

O jurista, esclarecido pela Hermenêutica, descobre, em Código, ou em um ato escrito, a frase implícita, mais diretamente aplicável a um fato do que o texto exposto. Multiplica as utilidades de uma obra; afirma o que o legislador decretaria, se previsse o incidente e o quisesse prevenir ou resolver; intervém como auxiliar prestimoso da realização do Direito. Granjeia especiais determinações, não por meio de novos dispositivos materializados, e, sim, pela concretização e desdobramento prático dos preceitos formais. Não perturba a harmonia do conjunto, nem altera as linhas arquitetônicas da obra; desce aos alicerces, e dali arranca tesouros de idéias, latentes até aquele dia, porém vivazes e lúcidos.

E, ao Direito Constitucional, dá MAXIMILIANO uma forma diferenciada de interpretação, dada sua característica básica estipuladora de princípios gerais, aos quais deve o intérprete adequar, proporcionalmente, a seu momento histórico-sociológico<sup>200</sup>:

Interpretam-se estritamente os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição... Entretanto em Direito Público esse preceito não pode ser aplicado à risca: o fim para que foi inserto o artigo na lei, sobreleva a tudo. Não se admite interpretação estrita que entrave a realização plena do escopo visado pelo texto. Dentro da letra rigorosa dele procure-se o objetivo da norma suprema; seja este atingido, e será perfeita a exegese... O brocardo – *inclusio unius alterius est exclusio*, como todo argumento a contrario, exige, talvez, ainda maior e mais discreta reserva da parte de quem o empregue no Direito Constitucional, do que se reclama em se tratando de Direito Privado. Nem sempre o fato de se mencionar um caso determinado obrigará a excluir todos os outros; nem tampouco a negativa a respeito de uma hipótese particular implicará a afirmativa tocante às demais.

<sup>197</sup> STEIL, Carlos Alberto (Org.). **Cotas raciais na Universidade: um debate**. Porto Alegre: Ed. da UFRGS, 2006, p. 7.

<sup>198</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 2. ed. Petrópolis, Vozes, 1988, p. 207.

<sup>199</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 12.

<sup>200</sup> MAXIMILIANO, Carlos. Op. cit., 2004, p. 255-256.

Também SANTOS<sup>201</sup> nos recorda desse grau maior de indeterminação das normas constitucionais em comparação com as demais, notadamente no que toca a direitos fundamentais. Isso sem falar na linguagem vaga aplicada também ao seu texto, que, podendo parecer ocasional, assim não o é, mas tem uma base estrutural de seus próprios propósitos. E isso tudo aplicado caso a caso, em uma verdadeira ponderação de princípios. Em suas palavras:<sup>202</sup> “Note-se que quando a indeterminação cede ante o caso concreto isso não significa que as futuras aplicações do conceito estejam indenes de dúvidas, pois a cada novo caso a vagueza terá de ser operacionalizada”.

Dado isso, temos de nos reportar à vinculatividade do preceito constitucional de redução das desigualdades sociais, como muito bem sintetiza NASCIMENTO, colocando a política de cotas para os negros acessarem a Universidade como prática indubitavelmente constitucional: “Se os negros são a maioria da população mais pobre, em número proporcional muito superior ao que seria aceitável, evidente que a reserva de cotas tem respaldo constitucional ao almejar erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais”<sup>203</sup>.

Sobre o novo papel do Estado como promotor de ações afirmativas nesse cenário, a Constituição assim ordena como objetivo fundamental de nossa República: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”<sup>204</sup>. Tenha-se presente, essa isonomia ordenada pelo constituinte de 88 deve ser tomada tanto na sua dimensão formal quanto material almejando o respeito ao supraprincípio da dignidade humana<sup>205</sup>. E mais: é um objetivo constitucional explícito de nosso Estado o ativismo no sentido do promover uma sociedade sem quaisquer formas de discriminação. Também assim a leitura de SARMENTO<sup>206</sup> sobre os incisos I, III e IV do art. 3º da CRFB:

O constituinte, portanto, não quis atribuir ao Estado o papel de espectador neutro e imparcial dos conflitos travados na esfera social. Pelo contrário, partindo da premissa empírica de que a sociedade brasileira é injusta e desigual, e de que nela vicejam a intolerância e o preconceito, ele impôs aos três poderes do Estado tarefas ativas, ligadas à inclusão social e à transformação de práticas opressivas voltadas contra grupos estigmatizados.

<sup>201</sup> SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas**. Porto Alegre: SAFE, 2006, p. 28.

<sup>202</sup> SANTOS, Marília Lourido dos. Op. cit., 2006, p. 37.

<sup>203</sup> NASCIMENTO, Márcio Augusto. Reserva de cotas para negros. Disponível em <[http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/marcio\\_nascimento.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/marcio_nascimento.htm)>. Acesso em: 15. jan. 2007.

<sup>204</sup> Cf. o inc. IV de seu art. 3º.

<sup>205</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 87.

<sup>206</sup> SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 251.

MELLO<sup>207</sup> assim nos sinaliza para a suficiência do art. 3º em prol da concretização das ações afirmativas, ainda que sem previsão específica constitucional para cada ação:

Do art. 3º vem-nos luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, que é tratado de forma desigual.

Também a respeito, ROCHA anota da necessidade para uma leitura vinculante ativa por parte do Estado do inciso IV do art. 3º da Carta fundante: “O inciso IV , do mesmo art. 3º, é mais claro e afinado, até mesmo no verbo utilizado, com a ação afirmativa. Por ele se tem ser um dos objetivos fundamentais promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”<sup>208</sup>.

Uma leitura conjunta da Constituição com as ciências sociais, no entanto, é imperiosa, na visão de HABERLE<sup>209</sup>, na medida em que o contexto da sociedade deve influenciar no tratamento para aplicação da norma maior. Em uma sociedade aberta, então, as soluções não devem estar cingidas a gabinetes de juristas que se auto-intitulem detentores do poder exclusivo da interpretação de dispositivos da Carta Magna. Os mais diversos agentes, pois, devem influenciar na interpretação constitucional, na medida de suas demandas, anseios e pressões.

A Constituição precisa, definitivamente, assumir seu papel como norma fundamental de uma comunidade. E, especificamente a sociedade brasileira, pensamos, deve orgulhar-se da sua Carta. O desenho constitucional da Carta veicula os direitos fundamentais como cerne do Estado Democrático de Direito. E mais, elege a dignidade da pessoa como vetor máximo para orientação dos operadores do Direito.

Reforce-se, a linguagem utilizada pelo constituinte é principiológica por natureza, visto que, a uma Constituição, cabe o traçado dos rumos e opções de uma sociedade, não o esgotamento de todas as soluções aos mais variados problemas de uma comunidade, razão pela qual as cotas raciais não precisam estar explicitamente elencadas em seu corpo. Assim temos em VIGO<sup>210</sup>:

El constituyente habla habitualmente de un modo genérico para los operadores y órganos con capacidad jurígena, de modo que las soluciones no incluidas en el texto

<sup>207</sup> MELLO, Marco Aurélio de. A igualdade e as ações afirmativas. **Cidadania e Justiça**. 2º sem., 2002, p. 98.

<sup>208</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa - o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista trimestral de Direito Público**, nº 15, 1996, p. 93.

<sup>209</sup> HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 11-55.

<sup>210</sup> VIGO, Rodolfo Luís. **Interpretación constitucional**. 2. ed. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 2004, p. 98.



constitucional deberán ser aportadas por las demás normas jurídicas, explicitando y sin contradecir dicho texto.

Assim sendo, a visão principiológica da Constituição brasileira efetivamente vincula o Estado brasileiro, quer via legislativa, quer via judicial, quer via executiva; esta, dada a autonomia constitucional universitária, a implementar políticas públicas para que a igualdade material entre negros e brancos prevaleça no acesso ao ensino superior. E o Ministério Público, em sua missão constitucional, deve zelar, também ativamente, via instrumentos próprios, para que isso aconteça no mundo dos fatos. Mas, aqui, já adentramos no próximo ponto do presente trabalho.

Verdade é que teremos conflitos entre os direitos individuais e as políticas públicas, no entanto, próprios do contexto, os quais devem ser sopesados pela sub-regra da proporcionalidade estrito senso. A questão fica muito bem posta por DWORKIN<sup>211</sup>:

Sem dúvida, não há nada de paradoxal na idéia de que o direito de um indivíduo à igual proteção pode às vezes entrar em conflito com uma política social desejável sob outros aspectos, inclusive aquela que tem por objetivo tornar a sociedade mais igual em termos gerais.

Também ROCHA, associando à idéia do ativismo estatal a importância renovada da igualdade, traz o levantamento topográfico desse princípio desde nossa primeira Constituição, para concluir ter sido desejo do constituinte de 88 que a igualdade real norteasse a leitura de todos os direitos fundamentais, sendo pois um ineditismo na história constitucional brasileira no enfrentamento do princípio da igualdade<sup>212</sup>.

Pode-se, ainda, ter clara a mudança havida na concepção do princípio da igualdade jurídica, pela sua positivação no art. 5º, da Constituição. Alterando a formulação que tradicionalmente se fizera nas Constituições que tradicionalmente se fizera nas Constituições Brasileiras nas quais o princípio da igualdade jurídica vinha sempre entre os incisos (ou parágrafos, segundo a técnica empregada pelo constituinte) do artigo que cuidava em cada uma, dos direitos fundamentais reconhecidos e assegurados (art. 179, incs. 13, 14,16, dentre outros, da Carta de Lei Imperial, de 25 de março de 1824; art. 72, § 2º, da Constituição da República, de 24 de fevereiro de 1891; art. 113, inc. I, da Constituição da República, de 16 de julho de 1934; art. 122, inc. I, da Carta de 10 de novembro de 1937; art. 141, 1º, da Constituição da República, de 18 de setembro de 1946; art. 150, § 1º da Carta de 24 de janeiro de 1967; art. 153, § 1º, da Emenda Constitucional nr. 1, de 17 de outubro de 1969), a Constituição da República, de 5 de outubro de 1988, inicia o articulado sobre direitos e garantias fundamentais exatamente com a referência expressa ao princípio da igualdade jurídica, que é repetida no texto do mesmo dispositivo logo em seguida.

<sup>211</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 349.

<sup>212</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa - o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista trimestral de Direito Público**, nº 15, 1996, p. 93.

E, logo após, convida-nos a uma necessária leitura democrática do texto de 88: “Nesse cenário sócio-político e econômico, não seria verdadeiramente democrática a leitura superficial e preconceituosa da Constituição, nem seria verdadeiramente cidadão o leitor que não lhe rebuscasse a alma, apregoando o discurso fácil dos igualados superiormente em nossa história feita pelas mãos calejadas dos discriminados”<sup>213</sup>.

Assim, pois, temos que o constituinte de 88 foi sensível à realidade vigente na sociedade brasileira, e não se furtou de fazer valer a Constituição na busca da minoração da desigualdade, o que o fez via a introdução da igualdade material, visando à construção de uma sociedade como ditada nos seus princípios fundamentais. Por fim, a título de aglutinação de idéias sobre a necessidade de a força normativa constitucional estar legitimada no seio social, trazemos HESSE: “A norma constitucional mostra-se eficaz, adquire poder e prestígio se for determinada pelo princípio da necessidade. A força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes de seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva”<sup>214</sup>.

## **5.2 A Administração Pública, o Judiciário e o Ministério Público frente a esse novo cenário**

Sabido é que o Direito Administrativo não é mais o mesmo desde a sua gênese. Sobre a origem do Direito Administrativo Brasileiro, reporta-nos BUCCI ao modelo português e espanhol, e, estes, buscados na origem francesa<sup>215</sup>.

Desde o famoso caso Agnes Blanco, em 1873, no qual, em França, uma menina fora atropelada por uma empresa estatal de fumo e o julgamento do caso foi remetido ao Conselho de Estado Francês, temos a autonomia do Direito Administrativo desvinculado do Direito Civil. Até esse período, a Administração Pública, como vertente vinculada do Estado, como não poderia deixar de ser, seguia a direção política do Governo. E a política governamental de então delegava ao Estado tão-somente a função de dar condições a que os cidadãos se desenvolvessem em suas esferas de atuação. O Estado tão melhor cumpriria sua boa missão quanto mais não interviesse na rotina social. A Revolução Francesa iniciara um modelo de Estado baseado na força política preponderante do legislador; ao Judiciário, era somente lícito

---

<sup>213</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa - o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista trimestral de Direito Público*, nº 15, 1996, p. 99.

<sup>214</sup> HESSE, Konrad. *A Força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1991, p. 18.

<sup>215</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41.

e legítimo aplicar a lei, com a figura dos juízes “*bouche de la loi*”. Bem corresponde a essa imagem a figura do Juiz Júpiter de OST<sup>216</sup>.

Contudo, paralelamente a isso, a sociedade se transformava rapidamente, e ao Estado não era mais suficiente que garantisse somente os direitos de defesa aos cidadãos. A Revolução Industrial, como efetivamente provocou crescimento econômico, também aumentava cada vez mais a desigualdade na repartição da riqueza. Diante desse quadro, o liberalismo na Economia, representado sobremaneira pelas idéias de Adam Smith, não conseguia mais sustentar que “a concorrência maximiza o desenvolvimento econômico e que os benefícios do desenvolvimento seriam partilhados por toda a sociedade”<sup>217</sup>.

E como não podia deixar de sê-lo, a Administração Pública teve de acompanhar esse desenvolvimento. Assim sendo, no caso brasileiro atual, deve ela, braço operacionalizador das políticas do Estado, estar condicionada não mais pelo estrito princípio da legalidade, senão com obediência ao Direito, e, no seu vértice, à Constituição de 88, a qual conferiu ao processo administrativo as mesmas garantias aplicadas ao judicial, pois, justamente aí, no respeito à força fundante da Carta, deve abeberar-se a Administração Pública no momento da formação das políticas públicas. Vale, aqui, a lição de SARMENTO<sup>218</sup>:

Ademais, é importante lembrar que a distinção entre os direitos fundamentais e as diretrizes políticas, embora relevante, tende a esmaecer-se à luz da teoria contemporânea dos direitos fundamentais, que afirma que a efetivação destes direitos - não apenas os sociais, mas também os individuais e os políticos - demanda a formulação e a implementação de políticas públicas pelo Estado, e não meras práticas absenteístas.

Não diferentemente, BUCCI nos traz esse novo viés do Direito Administrativo, qual seja, a interação jurídico-política com vista à satisfação integral do interesse público primário<sup>219</sup>:

Adotar a concepção das políticas públicas em direito consiste em aceitar um grau maior de interpenetração entre as esferas jurídica e política ou, em outras palavras, assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do poder, Estado e Administração Pública.

OTERO também nos traz seu ensinamento na mesma busca do novo Direito Administrativo, voltado à efetivação do ordenamento constitucional<sup>220</sup>:

<sup>216</sup> OST, François. **O tempo do Direito**. Lisboa: Piaget, 1999, p. 27 e seg.

<sup>217</sup> PINHO, Diva Benevides, et al. **Manual de Economia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 37.

<sup>218</sup> SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 74.

<sup>219</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

Deste modo, além de normas constitucionais dotadas de aplicabilidade direta e força vinculativa imediata para as estruturas da Administração Pública, registra-se que as imposições da Constituição em matéria de bem-estar não têm apenas o legislador como destinatário, a Administração é, também ela, e apesar de assumir uma posição subsidiária ou complementar, destinatária das imposições constitucionais de bem-estar.

Logo, temos de ler o Direito Administrativo atual com uma visão integrada à Constituição, fazendo com que os pré-juízos sejam autênticos. E essa autenticidade, num Estado Democrático de Direito, que, esperamos, um dia migre para um Estado de Direito Democrático, como já previsto na Constituição Portuguesa de 1976, deve ser buscada na interpretação constitucional da Administração Pública. Aos aplicadores do Direito há a necessidade de um choque de interpretação quando em contato com a Carta Maior, um choque de historicidade, de modo a utilizá-la como vetor de interpretação para qualquer área jurídica que apresente lides, para, assim, em não sendo possível eliminar os pré-juízos, ter condições de adequar os fatos e a lei à supremacia constitucional.

A prática da igualdade muito necessita da adoção de políticas públicas intervencionistas. Diz SARMENTO<sup>221</sup>: “Parte-se da premissa de que a igualdade é um objetivo a ser perseguido através de ações e políticas públicas, e que, portanto, ela demanda iniciativas concretas em proveito dos grupos desfavorecidos”. Também DWORKIN<sup>222</sup>: “E as políticas públicas são o repositório que tenta corrigir as distorções ou aviltamentos próprios ao desequilíbrio entre oferta e procura”. FERES JÚNIOR; ZONINSEIN<sup>223</sup>: “...ou seja, acreditamos que para dar certo em nosso país a ação afirmativa tem de funcionar bem como política pública, ser eficiente e ser também eficaz na luta contra a discriminação racial”. E CAMPILONGO sobre a necessidade de migração do foco do Direito Administrativo do ato administrativo unilateral para a política pública, se possível, agregamos nós, com a participação popular na sua formulação<sup>224</sup>.

Não obstante, numa época em que o universo jurídico se alarga - em que os direitos sociais e transindividuais deixam de ser meras declarações retóricas e passam a ser direitos positivados em constituições e leis, em busca de efetividade -, não seriam as políticas públicas um foco de interesse juridicamente pertinente, como esquema de agregação de interesses e institucionalização dos conflitos?

<sup>220</sup> OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 29-30.

<sup>221</sup> SARMENTO, Daniel. **Líves e iguais: estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 144.

<sup>222</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XXII, na introdução de Luiz Moreira.

<sup>223</sup> FERES JÚNIOR, João e ZONINSEIN Jonas (Orgs.). **Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas**. Brasília: Ed. da UnB, 2006, p. 10.

<sup>224</sup> CAMPILONGO, Celso. **Direito e democracia**. São Paulo, Max Limonad, 1997, p. 85.

Veja-se entendimento pretoriano supremo nacional, que, por ocasião do julgamento da Arguição de descumprimento de preceito fundamental, ADPF nr. 45, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, datado de 29/04/2004, na pena do Excelentíssimo Ministro Celso de Mello, deixou assentado que, em se tratando de direitos fundamentais, cabe, sim, ao Judiciário proceder à implementação de políticas públicas, verificada a omissão do Poder Executivo<sup>225</sup>:

Certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, - Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Outro não é senão o posicionamento da doutrina de BRUST<sup>226</sup>:

A ductilidade constitucional parece adequar-se ou, ao menos, não causar maiores danos, a países em que o Estado do Bem-Estar Social já se encontra consolidado. Sociedades que ainda não o atingiram, não podem ficar a mercê de maiorias parlamentares, que, eventualmente, agravem seu desequilíbrio social. No caso do Brasil faz-se necessário que os princípios e objetivos fundamentais da constituição vinculem os três poderes: o Executivo, na execução de suas políticas; o Legislativo, na feitura das leis; e o Judiciário, no controle da constitucionalidade das leis e dos atos governamentais. A constituição brasileira não pode ser vista como meramente programática, mas como um programa dirigente substantivo, com condições de levar o país à modernidade. Este é o requisito para o fortalecimento do pluralismo garantido em seu art. 1º, V.

Complementanto, AGRA<sup>227</sup>, no sentido da participação ativa necessária do Judiciário na formação das políticas públicas, cumprindo, assim, integralmente seu papel constitucional: “Uma das causas que mais influenciam a expansão da jurisdição constitucional no campo das decisões políticas é a paulatina perda de legitimidade do processo político”.

<sup>225</sup> DISTRITO FEDERAL. STF. ADPF nº 45. Argte.: PSDB. Argdo.: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, 29 de abril de 2004. DJU, 04/05/2004.

<sup>226</sup> BRUST, Léo. A Constituição deve constituir. **Direito e Democracia**. Vol. 5, n.1, 1º sem., 2004, p. 29-48.

<sup>227</sup> AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 116.

Sobre isso, vemos em BRANCO a legitimidade conferida ao Judiciário<sup>228</sup>:

Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional, para que ela seja aplicada. O art. 5º, §1º, da CF, autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles.

E, finalmente chamando a regra da proporcionalidade<sup>229</sup>: “À falta de previsão legal tópica, é de se sustentar a necessidade de tratamento ad hoc das questões surgidas, mediante o sopesamento dos valores constitucionais envolvidos em cada caso”.

Ponto interessante defendido por GOMES<sup>230</sup>, ex-integrante da Procuradoria da República e atual Membro do STF, é a legitimidade constitucional para a promoção de ações civis públicas, com arrimo na Constituição e na lei própria por parte do Ministério Público, visando à proteção dos direitos e interesses das minorias étnico-raciais<sup>231</sup>.

Assim sendo, o viés indicado para a leitura acerca das ações afirmativas outro não pode ser senão o de uma política pública, na qual precipuamente o Governo, mas também o Legislativo, o Judiciário e a sociedade como um todo devem decidir de sua conveniência e oportunidade, não mais sob um ângulo do ato administrativo unilateral, senão o do ambiente das audiências públicas que propiciem a participação da comunidade envolvida; no entanto, em caso de omissão, deve, sim, o Judiciário proceder a tal tarefa, em obediência à força vinculativa dos direitos fundamentais esposada pela Carta fundante. Tudo sob o papel não só sob a forma fiscalizadora, mas também ativa do Parquet, em cumprimento à sua função constitucional. Como nas palavras de KAUFMANN<sup>232</sup>:

Os três Poderes da República, individualmente e reunidos, devem demonstrar eficiência no combate às atitudes segregacionistas, tanto por meio de leis e de decisões judiciais, como por meio de programas de governo que associem o pensamento oficial à prática de punição das condutas discriminatórias, ensejando nos indivíduos a expectativa de que essas condutas não ficarão impunes.

Esse é o modelo de um Estado completo a que almejamos.

<sup>228</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 134-135.

<sup>229</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., 2002, 2. tiragem, p. 169.

<sup>230</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. Discriminação racial e princípio constitucional da igualdade. **Revista de informação legislativa**. Ano 36, n. 142, abr./jun., 1999, p. 311.

<sup>231</sup> Cfme. art. 129, III, da Constituição e art. 1º, VI, da lei nº 7347/85, com redação dada pela lei nº 8078/90.

<sup>232</sup> KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 120.

### 5.3 A cogência das regras e dos princípios e a aplicação da proporcionalidade

A distinção mais importante para a teoria dos direitos fundamentais é entre os conceitos de regras e princípios<sup>233</sup>. O *locus* da interpretação jurídica passa, necessariamente, pelo entendimento preciso das duas definições acima. Isso, por si só, já é de sobremaneira importância, na medida em que os princípios têm tanta força normativa quanto as regras.

Dentre os critérios para a distinção entre as regras e os princípios, o da generalidade tem sido o mais utilizado. No seu escopo, temos que os princípios possuem-na em uma escala muito maior do que as regras, quer dizer, os princípios são apresentados como mandados de otimização. Isso significa que eles, para sua aplicação, têm um espaço de aplicação, e este espaço tanto mais será ocupado quanto maiores forem as possibilidades fáticas e jurídicas para tal, ou seja, caso a caso, em intensidade variável.

De outra banda, as regras não possuem um espaço de aplicação amplo; restringem-se, passando pelo teste de validade jurídica a serem aplicadas integralmente ou não aplicadas, sem variação. Isso determina que a diferença entre as regras e os princípios seja qualitativa, e não, de grau quantitativo.

Também é critério diferenciador entre princípios e regras o fato de que, aqueles, não necessariamente necessitam estar positivados, podendo ser o que se conhece por princípios gerais; já, estas, têm na positivação sua condição de validade estatuída.

Outro ponto necessário de entender é como o intérprete deve proceder em havendo conflito de regras e colisão entre os princípios. Inicialmente, no caso de conflito entre as regras, temos que uma regra simplesmente elimina a outra. Em sendo ambas as regras válidas juridicamente, outras formas de eliminação devem ser aplicadas. Assim, temos a regra de que lei posterior revoga lei anterior, a hierarquia dos ordenamentos, com a lei de status diferenciado se sobrepondo à regra inferior, e a especialidade da lei, sendo que a específica sobre determinado assunto prevalece quando em confronto com uma de caráter geral sobre a mesma matéria.

Por seu turno, quando da colisão de princípios, temos que eles não se excluem mutuamente. O que ocorre é que, em determinada situação, um princípio prepondera sobre o outro; já, em outra, este princípio pode ceder àquele. Isso significa que, caso a caso, os princípios têm pesos diferentes. E os Tribunais, diariamente, têm-se defrontado com direitos

---

<sup>233</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 81.

fundamentais em colisão, tendo, então, para aquele caso específico, fundamentadamente, de afastar um deles para que o outro reine, através do que se denomina condição de precedência.

STEINMETZ nos traz o escólio de LARENZ sobre a origem das colisões entre os princípios<sup>234</sup>:

Por que há colisões? Além de todos os argumentos expostos - já na introdução (supra) desta investigação - para explicar por que os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitáveis, é oportuno citar Larenz: Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são abertos, móveis, e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque sua amplitude não está de antemão fixada.

Ainda STEINMETZ:

Em outras palavras, os direitos colidem porque não estão dados de uma vez por todas; não se esgotam no plano da interpretação in abstracto. As normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando de sua realização ou concretização na vida social. Daí a ocorrência de colisões. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizado, há colisões in concreto.

BARROSO também trata desse efeito tão importante para a análise de nosso tema o qual gravita em torno da interpretação de princípios constitucionais, notadamente o da igualdade, ao constatar que, com freqüência, as Constituições abarcam princípios que podem colidir em casos determinados. Alerta que, para a resolução desse problema, a unidade da Constituição deve prevalecer, e dá como solução a ponderação dos valores no conjunto da Carta<sup>235</sup>. Essa correlação entre aplicação de princípios e a ponderação será oportunamente detalhada quando estudarmos a regra da proporcionalidade. Na mesma linha, na pena de BOBBIO, ao definir sistema jurídico<sup>236</sup>: “Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõe estão em um relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível esta relação”.

Caso a caso, repetimos, perante cada lide que lhe é apresentada, então, o Judiciário toma sua decisão, sem uma fórmula matemática, mas com a necessária ponderação e a também fundamentação explicitadas.

ALEXY nos ensina a chegar à solução para resolvermos o problema da colisão entre os princípios<sup>237</sup>:

<sup>234</sup> LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Trad. de José Lamago. 3. ed. Lisboa Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 575. Apud: STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 63.

<sup>235</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 79.

<sup>236</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 5. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1994, p. 71.

<sup>237</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 161.



Pone claramente de manifiesto que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan solo de pesos relativos... Con la ayuda de curvas de indiferencia, tales como las que se usan en las ciencias económicas, pueden ilustrarse las ideas que se encuentran detrás de la ley de la ponderación... Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

Mas não cabe exclusivamente ao Judiciário a resolução desse conflito, senão quando não resolvido legislativamente<sup>238</sup>:

Embora a via judicial de construção da regra (norma individual) seja a mais comum, também é possível a solução pela via legislativa. Isso porque o legislador, em abstrato, pode prever situações de colisão em concreto. Conhecendo o mundo dos fatos, das tensões correntes entre os homens, o Poder Legislativo se antecipa e prescreve regras de solução para prováveis colisões que se manifestarão na vida social. Além disso, é também tarefa do legislador ordinário concretizar direitos fundamentais e harmonizar direitos que eventualmente entrem em colisão.

Ousamos repetir, pela importância da idéia para o entendimento do nosso trabalho, tendo em vista a colisão de direitos fundamentais trazida para a aplicação das ações afirmativas raciais, que correlaciona-se a teoria dos princípios com a regra da proporcionalidade, justamente no momento em que se aplica essa regra para solução ante a colisão entre aqueles. Assim, quando da colisão entre os princípios constitucionais da perseguição pelo Estado no sentido da promoção racial, da igualdade formal e material e do acesso aos níveis mais elevados segundo o mérito de cada um, devemos nos valer, na análise do caso concreto, da regra interpretativa da proporcionalidade. Esta, introduzida pelo Direito Administrativo de polícia prussiano, no início do século XIX, logo irradiando seus efeitos por todo o mundo<sup>239</sup>.

De início, já ressaltamos que há uma confusão conceitual muito grande ao redor dos conceitos de razoabilidade e proporcionalidade, desde já deixando pontuado que, aquele conceito, é oriundo dos Estados Unidos, e, este, da Alemanha<sup>240</sup>. OLIVEIRA, a propósito, deixa assentado<sup>241</sup>:

Aqui, agora, a segunda questão, a reclamar o auxílio da moderna hermenêutica constitucional: A interpretação constitucional, constatada a variedade dos valores e direitos nela plasmados, e bem assim, de seus respectivos destinatários, haverá de submeter, no ponto em que houver tensões entre aqueles, a critérios de proporcionalidade.

<sup>238</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 70.

<sup>239</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. Op. cit., 2001, p. 145.

<sup>240</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. O Supremo e as garantias processuais: verdades, mentiras e outras indagações. In: SAMPAIO, José Adércio Leite e SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Orgs.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 313.

<sup>241</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit., 2001, p. 315.

Sobre essa confusão, SILVA<sup>242</sup> nos traz uma luz muito cristalina, direção na qual nos posicionamos. Após a leitura de seu artigo, finalmente entendemos a natureza diferente da razoabilidade e da proporcionalidade, a saber, a exata natureza desta e, ainda, oferece-nos vários casos práticos para a aplicação correta dos institutos. Sobre a razoabilidade, o Autor lhe atribui a origem à prática judicial norte-americana. Ainda sobre esta, a associa simplesmente a uma comparação entre meios e fins, dada a necessidade de fazermos uma escolha entre 2 valores. Entretanto, quanto à proporcionalidade, o Autor, baseado na teoria de Alexy de as normas abarcarem os princípios e as regras, classifica-a como regra, dado que ela sempre é aplicada em caso de colisão de direitos fundamentais. Como princípios, esses sim, SILVA classifica os direitos fundamentais. Ou seja, SILVA muito bem define a natureza destes como princípios. Bem assim em BRANCO<sup>243</sup>: “Os conflitos de direitos fundamentais reconduzem-se a um conflito de princípios”. Aliás, sobre essa natureza positivada dos princípios, também em BARROSO: “...os grandes princípios de um sistema jurídico são normalmente enunciados em algum texto de Direito positivo”<sup>244</sup>. E, no caso de colisão entre eles, quando um deverá ser afastado, naquele caso concreto em prol de outro, a regra da proporcionalidade, sempre aplicável, com as suas três sub-regras, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade estrito senso, em um exercício sucessivamente nessa ordem, é que ajudará o intérprete a decidir qual princípio prevalecerá naquelas condições próprias. Por fim, SILVA exorta a que, inclusive o STF, passe a fazer uma análise completa da regra da proporcionalidade com suas três sub-regras, caso a caso, quando de sua aplicação, em a reconhecendo como meio de resolver a colisão entre os direitos fundamentais, os quais funcionam com carga de princípios como já demonstramos, ou, então, posicione-se no sentido de estar aplicando somente a razoabilidade, se desejar continuar somente fazendo uma relação entre meios e fins na análise quando daquela colisão, como o tem feito atualmente em seus julgados.

De alta relevância para os fins a que nos propomos, em MENDES<sup>245</sup>, classificando as colisões de direitos fundamentais em sentido estrito ou amplo. No primeiro caso, podendo haver conflito entre direitos fundamentais idênticos ou diversos, somente haverá colisões

---

<sup>242</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. Ano 91, vol. 798, abr., 2002, p. 23-50.

<sup>243</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, 2. tiragem, p. 182.

<sup>244</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 288.

<sup>245</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, 2. tiragem, p. 282.

entre direitos fundamentais, ao passo que, no sentido amplo, aquelas são entre direitos fundamentais e outros princípios ou valores, que não classificados como fundamentais. O que mais interessa no presente estudo é uma das classificações de conflito entre direitos fundamentais idênticos, que, no caso, ocorrem sobre o seu aspecto fático e jurídico, como no princípio da igualdade. Destaque-se que o seu aspecto jurídico é representado pelo princípio na sua matriz formal, enquanto seu aspecto fático nos remete à sua matriz substancial, material, à qual devemos nos filiar para que o Estado, efetiva e positivamente, promova a isonomia racial via as ações afirmativas, em obediência ao ordenamento constitucional vigente.

ALEXY muito bem nos retrata a conexão entre a teoria dos princípios e a regra da proporcionalidade. Como nos sintetiza:

Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación.<sup>246</sup>

Suas três sub-regras, fases pelas quais o intérprete obrigatoriamente tem de, sucessivamente, caso a caso, fazer passar sua análise para o julgamento de se uma ação atende à proporcionalidade, apresentam-se como a adequação, a necessidade e a proporcionalidade estrito senso<sup>247</sup>.

Acerca da adequação: “O exame da adequação do esquema meio-fim tem caráter empírico. Pergunta-se se o meio utilizado é útil, empírica ou faticamente, para alcançar o objetivo pretendido...”

Sobre a necessidade: “Na literatura constitucional especializada, este princípio é também conhecido como princípio da exigibilidade, da indispensabilidade, da menor ingerência possível, da intervenção mínima”.

Por fim, sobre o seu significado estrito senso, finaliza STEINMETZ: “Examina-se a relação de proporcionalidade, de racionalidade, entre a decisão normativa - observando-se os efeitos que ela produz sobre o direito fundamental que restringe ou afeta - e a finalidade perseguida. O princípio exige que na relação meio-fim haja uma reciprocidade razoável, racional”.

---

<sup>246</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 112.

<sup>247</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 150-152.

Também BARROSO lembra a sua origem germânica e reforça a proporcionalidade no seu sentido estrito: “a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão”<sup>248</sup>.

MENDES, no entanto, citando diversos precedentes da Excelsa Corte brasileira, insiste em sustentar que está ela a se valer, conscientemente, do princípio da proporcionalidade, como “lei de ponderação”, no entanto, “rejeitando a intervenção que impõe ao atingido um ônus intolerável e desproporcional”<sup>249</sup>. Entendemos, assim, procedentes as críticas feitas ao STF quando da aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade, endossando SILVA.

Por oportuno, tomemos BELLINTANI que, no caso da inclusão dos afrodescendentes às Universidades, via cotas, após fazer o juízo da proporcionalidade em suas três sub-regras, quais sejam, pertinência, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito<sup>250</sup>, conclui que tal política pública feriria a igualdade na medida em que, desproporcionalmente, beneficiaria os negros oriundos das escolas públicas em detrimento das outras etnias que freqüentem as mesmas escolas, além de beneficiar negros provindos de boas escolas particulares e, logo após, assim sintetiza: “Essa é a razão de se defender a adoção de quotas para estudantes de escolas públicas, pois, dessa forma, seria possível alcançar uma maior igualdade étnica nos bancos universitários, sem haver a necessidade de inserir novas discriminações no seio da sociedade brasileira”<sup>251</sup>.

Com todo o respeito ao posicionamento acima, pelos motivos que abaixo expenderemos estatisticamente, concordamos somente parcialmente com tal posição, uma vez que, é verdade, temos de, além do critério racial, dotar a política de mecanismos para que negros que freqüentaram o ensino privado, denotando condições sociais diferenciadas, não possam se valer de tal cota; contudo, não podemos concordar que não haja cota racial independentemente de outra cota, a social, pois, como veremos, no nosso país, tem-se muito claro o negro submetido a dois tipos de estresse, a saber, o social, sim, mas, também, o racial. Isso demonstra-se, dentre outras constatações, pela grande maioria negra ter menos anos de estudo, comparativamente aos brancos.

O acima exposto muito de longe está de ter importância somente teórica, visto que o ponto jurídico nevrálgico sobre as ações afirmativas é que tanto seus defensores, quanto seus

<sup>248</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 209.

<sup>249</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites dos limites. In: MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, 2. tiragem, p. 307.

<sup>250</sup> BELLINTANI, Leila Pinheiro. **Ação afirmativa e os princípios do Direito. A questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 156.

<sup>251</sup> BELLINTANI, Leila Pinheiro. Op. cit., 2006, p. 159.

opositores, baseiam-se no mesmo princípio constitucional da igualdade; contudo, aqueles, dão uma proporcionalidade no sentido hermenêutico substantivo, enquanto, estes, fazem uma leitura formal<sup>252</sup>. Isso sem falar na colisão da igualdade tomada no seu sentido formal com outros princípios, notadamente o da dignidade humana da maioria negra em relação aos brancos.

À guisa de correlação entre a diferenciação da igualdade formal da material, e a colisão entre as normas, aqui gizamos um ponto de sobremaneira importância para o presente trabalho, qual seja, “a colisão entre o aspecto jurídico de um direito fundamental e seu aspecto fático: tem-se aqui um debate que é comum ao direito de igualdade”<sup>253</sup>.

Questão de crucial relevância é que, sobremaneira, os princípios servem de fundamento para as regras, e, estas, para os juízos concretos de dever ser; contudo, é possível, sim, que os princípios possam ser razão para os juízos concretos de dever ser. Com isso, queremos dizer que, mesmo com atos infralegais, desde que com intuito de dar eficácia a direitos fundamentais contidos na CRFB, no caso, a igualdade material e a diminuição das diferenças sociais, podemos regular as ações afirmativas raciais via Resoluções de Reitores. A isso podemos muito bem chegar com a idéia da vinculatividade da Constituição, dos valores acima e da autonomia universitária, lá também expressamente consagrada<sup>254</sup>. Não chegar a essa conclusão acarretaria vincular a Constituição à sua legislação subordinada, o que seria inadmissível pelo nosso ordenamento jurídico. SANTOS assim deixa posto pela sua concordância ao que acabamos de expor<sup>255</sup>: “Verifica-se, ainda, que medidas de políticas públicas podem ser expressas por quaisquer instrumentos legais, que compreendem desde simples instruções normativas até Emendas Constitucionais”. E mais, sobre a aplicação da proporcionalidade pelo STF<sup>256</sup>:

Portanto, reiterando o que se entendeu de outros julgados citados, para dar operatividade e garantir a normatividade de conceitos vagos, essencialmente controvertidos e que encerrem valores, que são incomensuráveis em si, é necessário lançar mão de critérios interpretativos de cunho substantivo. Tal se deu no caso da ADI 319 em relação ao princípio da interpretação conforme a constituição e ao princípio da proporcionalidade, que, conquanto não de forma expressa, sua

<sup>252</sup> PINTO, Paulo Gabriel Hilu da Rocha. Ação afirmativa, fronteiras raciais e identidades acadêmicas. In: FERES JÚNIOR, João e ZONINSEIN Jonas (Orgs.). **Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas**. Brasília: Ed. da UnB, 2006, p. 136-166.

<sup>253</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, 2. tiragem, p. 282.

<sup>254</sup> Cfme. seu art. 207.

<sup>255</sup> SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas**. Porto Alegre: SAFE, 2006, p. 152.

<sup>256</sup> SANTOS, Marília Lourido dos. Op. cit., 2006, p. 158.

utilização efetivamente ocorreu gerando a prevalência do direito de acesso à educação.

Nesse diapasão, concluímos o presente ponto trazendo decisão da Corte Constitucional alemã<sup>257</sup>, da qual decorre o juízo de que essa ação limitadora, quer de origem judicial, administrativa ou legislativa, deve primar pela fundamentação e pela cautela, no sentido de que, somente no caso de colisão entre direitos de terceiros, podem os direitos fundamentais ser restringidos, ainda que sem previsão legal, no nosso caso, quando da interpretação material do princípio da igualdade, que, para alguns intérpretes, pode redundar na diminuição do alcance do ordenamento constitucional da igualdade para uns em detrimento de outros no estabelecimento de cotas para os negros adentrarem às universidades. Em suma, vige, nesses casos, a ponderação de bens e valores:

Apenas a colisão entre direitos de terceiros e outros valores jurídicos com hierarquia constitucional podem excepcionalmente, em consideração à unidade da Constituição e à sua ordem de valores, legitimar o estabelecimento de restrições a direitos não submetidos a uma expressa reserva legal.<sup>258</sup>

Assim, um programa de cotas raciais é adequado na medida em que, com o decorrer do tempo, traz às Universidades um maior contingente da população negra, é necessário dado o dever do Estado brasileiro em realizar ações afirmativas para o fim efetivo da discriminação racial e atende à sub-regra da proporcionalidade estrito senso na medida em que a maioria das vagas ainda restará aberta à disputa geral, não eliminando, assim, a concorrência via mérito individual.

#### **5.4 A dignidade humana como supraprincípio**

Questão a que nos ateremos incontinenti é a caracterização da dignidade humana, pois necessário será para fundamentarmos pela constitucionalidade da aplicação das ações afirmativas raciais, incluindo as cotas, dada a gritante diferença de tratamento dado pela sociedade para os negros em comparação aos brancos, violador, pois, do ordenamento constitucional.

No plano internacional, assim a temos previsto no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, de 1948: “CONSIDERANDO

<sup>257</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, 2. tiragem, p. 241.

<sup>258</sup> BVerfGE 28,243 (26).

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

Na CRFB, seu preâmbulo não só se assemelha em muito ao inserido naquela Declaração, como avança, fazendo constar os direitos sociais em seu corpo. Sob o prisma topográfico, importante é termos a posição da dignidade humana e dos direitos fundamentais em nossa vigente Constituição.

## **TÍTULO I**

### **Dos Princípios Fundamentais**

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

(...)

### **III - a dignidade da pessoa humana**

## **TÍTULO II**

### **Dos Direitos e Garantias Fundamentais**

#### **CAPÍTULO I**

#### **DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS**

#### **CAPÍTULO II**

#### **DOS DIREITOS SOCIAIS**

#### **CAPÍTULO III**

#### **DA NACIONALIDADE**

#### **CAPÍTULO IV**

#### **DOS DIREITOS POLÍTICOS**

#### **CAPÍTULO V**

#### **DOS PARTIDOS POLÍTICOS.**

(grifo apostro)

Acerca dessa posição topológica do supraprincípio da dignidade humana e dos demais princípios fundamentais, tenha-se em mente o voto do Ministro Néri da Silveira no caso em que discutia a constitucionalidade ou não da lei que permitia a prática da “farra do boi” no Estado de Santa Catarina<sup>259</sup>. Nele, fez o Ministro alusão a “postulados maiores”, posto que basilares, como os fundamentos do Estado brasileiro, entre eles a dignidade humana, bem como aos objetivos fundamentais, expressos, respectivamente, nos arts. 1º e 3º da CRFB/88, que, em cada caso trazido ao Judiciário, devem ser ponderados em caso de valores em colisão.

Fazendo uso de uma interpretação sistemática do Texto Maior, percebemos que a dignidade humana está prevista no título I, que trata dos princípios fundamentais, quer como fundamento do Estado brasileiro, quer como princípio nas suas relações internacionais. E, somente abaixo, no título II, temos os 5 capítulos acerca dos direitos e garantias fundamentais. Por oportuno, tenha-se que nem só no art. 5º constam os direitos fundamentais,

<sup>259</sup> DISTRITO FEDERAL. STF. RE nº 153.531/SC, Segunda Turma. Recte.: Apende. Recdo.: Estado Santa Catarina. Relator: Min. Francisco Rezek. Relator Acórdão: Min. Marco Aurélio. Brasília, 03 de junho de 1997. DJU, pp. 00013, 13/03/1998.

senão espalhados em seu corpo, nos tratados internacionais e, até, implicitamente em seu conjunto.

Ocorre que, disso, podemos concluir que a dignidade humana é um supraprincípio, um princípio fundante que se faz necessário para a posterior hermenêutica constitucional, inclusive dos direitos fundamentais, que a ela deve primazia. Ou seja, constitucionalmente, a dignidade humana não é um direito fundamental estrito senso, e sim, um princípio fundamental. Nas palavras de SARMENTO<sup>260</sup>:

Portanto, independentemente das preferências filosóficas e ideológicas nutridas pelo intérprete, não há como sustentar a compatibilidade entre o organicismo e uma Constituição com a de 88, que, já no seu art. 1º, define o Estado brasileiro como Estado democrático de Direito, e tem, no seu epicentro axiológico, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Aliás, assim o é no direito comparado alemão, como nos noticia CUNHA<sup>261</sup>: “A jurisprudência constitucional alemã vem interpretando a dignidade humana como sendo, além de direito fundamental, programa constitucional e princípio de base do Estado de Direito”.

Sobre sua origem, de doutrina abalizada<sup>262</sup>, tiramos que a dignidade humana remonta ao Evangelho cristão:

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

Contudo, somente após os horrores da 2ª Guerra Mundial, o Mundo, numa tentativa de reconstrução mundial, oficializou a dignidade humana, com assento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, da ONU, e isso já na 1ª frase de seu preâmbulo: “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Aos poucos<sup>263</sup>, nos ordenamentos constitucionais, foi sendo introduzido o supraprincípio, a saber, a Constituições alemã de 1949 e italiana de 1947. Também Portugal, na sua Constituição de 1976, e Espanha, na sua Carta Maior de 1978, fizeram o mesmo, logo após livrarem-se dos regimes autoritários de Salazar e Franco, respectivamente, aos quais estavam submetidos. Já,

<sup>260</sup> SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 55.

<sup>261</sup> CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do Direito Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A Reconstrução do Direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 248.

<sup>262</sup> PECES-BARBA Martinez Gregório. **Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General**. p. 79-81.

<sup>263</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 113.



na França, o reconhecimento da dignidade humana com peso constitucional veio somente de decisão do seu Conselho Constitucional, em 1994, visto que o texto constitucional não o agasalha expressamente<sup>264</sup>.

Na jurisprudência pátria, a dignidade humana assim também é tratada, senão como um fundamento, um princípio que se sobressai, inaugurando a Carta:

Hodiernamente, inviabiliza-se a aplicação da legislação infraconstitucional impermeável aos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República, por isso que inaugura o texto constitucional, que revela o nosso ideário como nação.<sup>265</sup>

Assim sendo, a dignidade humana deve ser utilizada como um princípio norteador à aplicação dos direitos fundamentais, pois perpassa a todos, cabendo ao intérprete a aplicação da regra proporcionalidade entre os direitos fundamentais em colisão: “O princípio da dignidade da pessoa humana nutre e perpassa todos os direitos fundamentais que, em maior ou menor medida, podem ser considerados como concretizações ou exteriorizações suas”<sup>266</sup>. Na mesma linha, SARLET<sup>267</sup>:

Ressalte-se, por oportuno, que com isso não estamos a sustentar a equiparação, mas a intrínseca ligação entre as noções de liberdade e dignidade, já que, como ainda teremos ocasião de melhor analisar, a liberdade e, por conseguinte, também o reconhecimento e a garantia de direitos de liberdade (e dos direitos fundamentais de um modo geral), constituem uma das principais (senão a principal) exigências da dignidade da pessoa humana.

E, como meio de atingimento da dignidade humana, não há como se evitar de analisar o tema da igualdade, em suas mais variadas vertentes, visto que, mesmo que aparentemente discriminando, este é um dos meios de se chegar à igualdade material e, assim, atender ao sobreprincípio da dignidade humana, contexto no qual se inserem as ações afirmativas raciais.

## 5.5 Análise institucional da constitucionalidade das ações afirmativas raciais aplicada ao caso brasileiro

Ponto de extrema importância para a introdução de ações afirmativas, quer sejam via política de cotas ou não, é a constitucionalidade de tais medidas.

<sup>264</sup> 94-343-344 DC.

<sup>265</sup> DISTRITO FEDERAL. STJ. REsp. 647.853/RS, Primeira Turma. Recte.: RGE. Recdo.: J.M.A.C. Relator.: Min. José Delgado. Relator Acórdão: Min. Luiz Fux. Brasília, 28 de setembro de 2004. DJU, p.194, 06/06/2005.

<sup>266</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 113.

<sup>267</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 45.

Há, na doutrina e na jurisprudência, os que sustentam dever estarem explicitamente previstas no texto constitucional tais diferenciações, como hoje já ocorre com as mulheres<sup>268</sup>, deficientes<sup>269</sup>, empresas de pequeno porte<sup>270</sup> e crianças e adolescentes<sup>271</sup>. Essa explicitação de determinados focos de ações afirmativas leva alguns críticos a entenderem que, se a Constituição assim não o prevê para outros grupos, qualquer tentativa de positivação infraconstitucional em contrário a feriria, e, pois, seria declarada inconstitucional.

No entanto, a leitura sistemática e teleológica da Constituição, no ponto, não pode ter outro sentido senão o de dar o dever ao Estado brasileiro de agir para reduzir as desigualdades e fomentar a dignidade da pessoa humana, afirmativamente. E, para isso, devemos ler seus princípios explícitos e implícitos. Vejamos, a respeito, CANOTILHO<sup>272</sup>: “as medidas jurídico-materiais de aferição da igualdade ou desigualdade devem encontrar-se, em primeiro lugar, nas normas e princípios da constituição”. Não de outra maneira ensina RIOS<sup>273</sup>, ao anotar que não só as ações afirmativas constantes explicitamente na Constituição, mas as desta decorrentes do processo legislativo normal têm força cogente: “Como dito, afóra as hipóteses em que a Constituição mesma determina a adoção de ações afirmativas, elas são uma alternativa constitucional compatível à disposição do Parlamento ou ao Executivo, este via a autonomia universitária, sempre que demonstradas razões suficientes para sua utilização”. Na mesma linha FERREIRA FILHO<sup>274</sup>, ao discorrer sobre a igualdade: “Esse princípio não é, todavia, absoluto. As próprias constituições ao consagrá-lo nem por isso renegam outras disposições que estabeleçam desigualdades. Assim, não é dado invocá-lo onde a Constituição, explícita ou implicitamente, permite a desigualdade”. E mais, no mesmo sentido, conforme BASTOS e GANDRA MARTINS<sup>275</sup>, sobre a isonomia: “Em síntese, só se tem por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontre a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito”.

E, fulcralmente, o inciso IV do art. 3º da CRFB, notadamente sob a leitura de FERREIRA, entendendo-se promoção no sentido afirmativo, ativo, por parte do Estado

---

<sup>268</sup> Inc. XX do art. 7º.

<sup>269</sup> Inc. VIII do art. 37.

<sup>270</sup> Alínea “d” do inc. III do art. 146.

<sup>271</sup> Art. 227 caput.

<sup>272</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 1160.

<sup>273</sup> RIOS, Roger Raupp. Ações afirmativas no Direito Constitucional brasileiro: reflexões a partir de debate constitucional estadunidense. **Anuário 2004/2005 Ajuris - Jurisdição e Direitos fundamentais**. Vol. I, tomo I, 2005, p. 299.

<sup>274</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional - de acordo com a Constituição de 1988**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 242-243.

<sup>275</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; GANDRA MARTINS, Ives. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, vol. 2, 1989, p. 7.

brasileiro<sup>276</sup>: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: **promover** o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. (grifo aposto)

RIOS defende abertamente a constitucionalidade de tais ações com base no nosso Texto Maior vigente, pois não só o expresso no seu Corpo, senão seu entendimento maior, é que deve prevalecer. Assim, ensina o Autor que a política de cotas está alicerçada em vários mandamentos constitucionais, como a construção de uma sociedade justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a promoção do bem de todos, sem preconceitos, a promoção do bem-estar e da justiça social, dentre outros<sup>277</sup>.

Muito bem sintetiza, no mesmo teor, SILVA JÚNIOR<sup>278</sup>: “Intrigante é notar que o texto de 1988 emprega o vocábulo discriminação explícita e implicitamente, ora em sentido lato, ora adjetivando-o, ora visando evitar a desigualação, ora com o objetivo de promover a igualdade”.

No âmbito legislativo interno, a matéria acerca das ações afirmativas raciais em nosso País era tratada já em 21/06/1967, através do decreto legislativo nº 23, quando foi aprovada a Resolução nº 2106 - A da Assembléia das Nações Unidas. A promulgação se deu via o Decreto presidencial nº 65810, de 08/12/1969, que assim internalizou seu art. 1º, nº 4º, dando caráter normativo pátrio à Convenção Internacional para eliminação de todas formas de discriminação racial, admitindo as ações afirmativas raciais.

Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária 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.

Noticiamos, também, as cotas na educação introduzidas pela “lei do boi”, via lei nº 5465/68, revogada pela lei nº 7423/85. Aquela reservava 50% das vagas nas escolas superiores de agricultura e veterinária para os filhos dos proprietários rurais.

---

<sup>276</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1401. Promover: “dar impulso a; trabalhar a favor de; favorecer o progresso de; fazer avançar; fomentar, ser a causa de; causar, gerar, provocar, originar”.

<sup>277</sup> RIOS, Roger Raupp. Ações afirmativas no Direito Constitucional brasileiro: reflexões a partir de debate constitucional estadunidense. **Anuário 2004/2005 Ajuris - Jurisdição e Direitos fundamentais**. Vol. I, tomo I, 2005, p. 281-302.

<sup>278</sup> SILVA JÚNIOR, Hédio. Ação afirmativa na Constituição de 1988. In: BENTO, Maria Aparecida Silva et al. **Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000, p. 130.

Constitucionalmente, a grande maioria dos defensores das ações afirmativas raciais faz uma leitura conjunta do princípio da isonomia, e, assim sendo, com base eminentemente no dever de agir positivamente ordenado pelo inciso IV do seu art. 3º, dá por totalmente legítima a criação de diferenciações positivas para outros setores que não os literalmente no seu corpo apontados.

Importante marco da participação brasileira no cenário mundial sobre as ações afirmativas para a inserção do negro na Academia se deu por ocasião da 3ª Convenção de Durban, realizada na África do Sul, em 2001. Nesse evento, passou-se a reconhecer a existência do racismo oculto no seio das sociedades, ou seja, a discriminação indireta, o que levou os seus participantes a sugerirem posturas proativas no combate de tais atitudes por parte dos Estados. Anote-se que houve 171 países no encontro (dos 200 do mundo), dos quais 169 assinaram os documentos finais, exceto EUA e Israel.

Também no âmbito dos debates do V Seminário internacional de Direitos fundamentais, por nós acima citado, Luís Roberto Barroso, da UERJ, na sua palestra de 22/05/2006, afirma que as cotas são constitucionais, e que, inclusive, até já se passou deste nível a discussão, visto que, para ele, o problema, agora, é a fixação de uma percentagem ideal, que, no caso de sua Universidade, seria de 20%, do que discordamos parcialmente, preferindo remeter a questão da percentagem à análise da comunidade acadêmica, caso a caso, e não com uma uniformização nacional fixa. Ainda, salientou o Professor que há um maior empenho acadêmico por parte dos cotistas, no sentido de não quererem perder sua única chance de acesso à Academia; porém, não aceita a tão-só autodeclaração, pois, esta, ensejaria a fraude, e sugere como critério admissional para o programa de cotas a instalação de painéis multidisciplinares, enfocando entrevistas com os candidatos sedizentes negros, ponto com o qual concordamos inteiramente.

Evoluindo legislativamente, o Decreto presidencial nº 1904/96, evocando a prerrogativa do inciso IV do art. 84 da Carta Maior<sup>279</sup>, introduziu a política nacional de direitos humanos no Brasil, decreto esse que foi revogado pelo de nº 4229/02, desta feita com legitimidade introduzida pela Emenda Constitucional nº 32/01<sup>280</sup>. Referido decreto vigente dá a competência para o acompanhamento da implementação do plano nacional de direitos humanos à Secretaria de Estado dos direitos humanos, do âmbito do Ministério da Justiça. Já no item 01 de seu Anexo, assim fica estabelecido a título de propostas gerais:

---

<sup>279</sup> “Compete privativamente ao Presidente da República: sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

<sup>280</sup> “Compete privativamente ao Presidente da República: dispor, mediante decreto, sobre: organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”.

Apoiar a formulação, a implementação e a avaliação de políticas e ações sociais para a redução das desigualdades econômicas, sociais e culturais existentes no país, visando à plena realização do direito ao desenvolvimento e conferindo prioridade às necessidades dos grupos socialmente vulneráveis.

E, especificamente, quanto aos afrodescendentes, no item 191 do seu Anexo I, assim estipula como dever governamental:

Adotar, no âmbito da União, e estimular a adoção, pelos estados e municípios, de medidas de caráter compensatório que visem à eliminação da discriminação racial e à promoção da igualdade de oportunidades, tais como: ampliação do acesso dos afrodescendentes às universidades públicas, aos cursos profissionalizantes, às áreas de tecnologia de ponta, aos cargos e empregos públicos, inclusive cargos em comissão, de forma proporcional à sua representação no conjunto da sociedade brasileira.

Outro importante passo foi dado com a edição da lei nº 10.558/02, que criou o programa “Diversidade na Universidade”, o qual garantiu, por três anos, a transferência de recursos da União para entidades de ensino público ou privado, estas sem fins lucrativos, que desenvolvessem projetos inovadores para o objetivo do referido programa, criando estímulos aos desfavorecidos socialmente, e, especialmente, aos afrodescendentes e indígenas brasileiros.

Prosseguindo, importante passo de conscientização legislativa foi dado com a inserção pela lei nº 10639/03 dos arts. 26-A e 79-B à lei de diretrizes e bases da educação nacional, assim disciplinando:

Art. 26-A. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e médio, oficiais e particulares, torna-se obrigatório o ensino sobre História e Cultura Afro-Brasileira.  
§ 1º O conteúdo programático a que se refere o caput deste artigo incluirá o estudo da História da África e dos Africanos, a luta dos negros no Brasil, a cultura negra brasileira e o negro na formação da sociedade nacional, resgatando a contribuição do povo negro nas áreas social, econômica e política pertinentes à História do Brasil.  
§ 2º Os conteúdos referentes à História e Cultura Afro-Brasileira serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de Educação Artística e de Literatura e História Brasileiras.  
Art. 79-B. O calendário escolar incluirá o dia 20 de novembro como Dia Nacional da Consciência Negra.

Importante marco para a fixação da auto-estima da comunidade negra foi lançado com a edição da Medida Provisória nº 111/03, a qual criou a Secretaria especial de políticas de promoção da igualdade racial, cuja titular é a Ministra negra Matilde Ribeiro, com suas três subsecretarias, quais sejam, a de planejamento e de formulação de políticas de promoção da igualdade racial, a de políticas de ações afirmativas e a de políticas para comunidades tradicionais<sup>281</sup>.

---

<sup>281</sup> Cfme. decreto nº 5197/04.

Perguntou-se, muito oportunamente, o Professor Samuel Vida, no âmbito do V Seminário Internacional de Direitos Fundamentais, já referido, por que o Estado, via legislação, não revê seu *modus operandi* para a formação de uma Administração Pública voltada a esses objetivos pretendidos pela lei acima, passando a exigir, por exemplo, matérias de discriminação racial nos concursos públicos e treinamento especial sobre a matéria aos seus agentes, especialmente os policiais. Fica aqui uma boa sugestão ao legislador e também às Administrações públicas ao realizarem seus editais de concursos de seleção.

Digno de registro é a redação originária do projeto de lei nº 3627/04, de autoria do Poder Executivo Federal, na qual se sobressai a reserva de cotas de 50% para alunos provenientes de escolas públicas de ensino médio, e, dentro desse número, garantindo a proporção de negros e indígenas com a população total, conforme levantamento do IBGE, prevendo a reavaliação do sistema em 10 anos de sua adoção. Por muito ilustrativo, também a exposição de motivos do referido projeto de lei, que nos dá uma interpretação autêntica do seu objetivo. E, também, a redação dada pelo Relator, Deputado Federal Carlos Abicalil, datada de 26/09/2005, a qual, para as cotas, elimina o concurso vestibular, introduzindo o sistema de avaliação continuada do ensino médio, criando tal sistema também para as escolas técnicas federais de ensino médio e implantando um calendário de transição, de modo que a integralidade das cotas somente seria atingida em 4 anos da adoção da lei<sup>282</sup>. Como informação mais recente, infelizmente, temos um requerimento de desarquivamento feito pela Deputada Nice Lobão, de nº 234/07, indeferido em 10/04/2007 pela Mesa da Câmara dos Deputados. Ocorre que, pelo Regimento interno da Câmara, art. 105, ao final da legislatura, os projetos de lei ainda não aprovados ou rejeitados são, salvo algumas exceções lá elencadas, nas quais não se enquadra o pedido acima, arquivados.

Também o PL nº 7200/06, de autoria do Poder Executivo Federal, a denominada “Reforma da educação”, que atualmente aguarda deliberação da Câmara dos Deputados, desde 21/03/2007 no âmbito da Comissão de Educação e Cultura, prevê a obrigatoriedade da instituição de ações afirmativas aos egressos de escola pública, e mantendo a paridade estatística dos afrodescendentes e indígenas, com o viés da diversidade, mas remetendo o quantitativo e outras especificações à competência das próprias Universidades federais de ensino superior. Ainda, dá destaque à manutenção de tais alunos nas Universidades, com a implementação de ações efetivas, imprescindíveis para o sucesso de tais políticas de ação afirmativa, senão vejamos quanto ao que nos interessa:

---

<sup>282</sup> Vide ANEXO B.

## Seção V

## Das Políticas de Democratização do Acesso e de Assistência Estudantil

Art. 45. As instituições federais de ensino superior deverão formular e implantar, na forma estabelecida em seu plano de desenvolvimento institucional, medidas de democratização do acesso, inclusive programas de assistência estudantil, ação afirmativa e inclusão social.

Parágrafo único. As instituições deverão incentivar ações de nivelamento educacional, promovendo a participação de seus estudantes, apoiados por bolsas especiais para essa finalidade e por supervisão docente.

Art. 46. As medidas de democratização do acesso devem considerar as seguintes premissas, sem prejuízo de outras:

- I - condições históricas, culturais e educacionais dos diversos segmentos sociais;
- II - importância da diversidade social e cultural no ambiente acadêmico; e
- III - condições acadêmicas dos estudantes ao ingressarem, face às exigências dos respectivos cursos de graduação.

§ 1º Os programas de ação afirmativa e inclusão social deverão considerar a promoção das condições acadêmicas de estudantes egressos do ensino médio público, especialmente afrodescendentes e indígenas.

§ 2º As instituições deverão oferecer, pelo menos, um terço de seus cursos e matrículas de graduação no turno noturno, com exceção para cursos em turno integral.

§ 3º Será gratuita a inscrição de todos os candidatos de baixa renda nos processos seletivos para cursos de graduação, conforme normas estabelecidas e divulgadas pela instituição.

Art. 47. As medidas de assistência estudantil deverão contemplar, sem prejuízo de outras, a critério do conselho superior da instituição:

- I - bolsas de fomento à formação acadêmico-científica e à participação em atividades de extensão;
- II - moradia e restaurantes estudantis e programas de inclusão digital;
- III - auxílio para transporte e assistência à saúde; e
- IV - apoio à participação em eventos científicos, culturais e esportivos, bem como de representação estudantil nos colegiados institucionais.

Parágrafo único. As instituições federais de ensino superior deverão destinar recursos correspondentes a pelo menos nove por cento de sua verba de custeio, exceto pessoal, para implementar as medidas previstas neste artigo.

Mas, sem dúvida alguma, a alteração legislativa de maior envergadura em gestação é o conhecido Estatuto da Igualdade racial, de autoria do Senador gaúcho Paulo Paim, do qual passaremos a nos ocupar, na sua redação aprovada pelo Senado Federal e encaminhada à deliberação da Câmara dos Deputados, nessa Casa tomando o nº 6264/05. Na sua estrutura, no seu Título II, que trata do corpo do Estatuto, qual seja, dos direitos fundamentais, em seus 11 capítulos trata dos direitos à saúde; à educação, cultura, esporte e lazer; à liberdade de consciência e de crença e ao livre exercício dos cultos religiosos; do financiamento das iniciativas de promoção da igualdade racial; dos direitos da mulher afro-brasileira; do direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos às suas terras; do mercado de trabalho; do sistema de cotas, dos meios de comunicação; das ouvidorias permanentes nas casas legislativas e do acesso à justiça.

Ponto que nos toca no presente trabalho é o sistema de cotas. Nele, o Estatuto exige, em seu art. 70, respeitando a autonomia universitária constitucional, que a legislação específica e seus regulamentos implementem medidas de ações afirmativas para o

preenchimento por parte de afro-brasileiros, em cotas mínimas<sup>283</sup>, vagas nos cursos de graduação em todas as instituições públicas federais de educação superior brasileiras e nos contratos do Fundo de Financiamento ao Estudante do ensino Superior - FIES. Também é previsto o método de autodeclaração dos candidatos no ato da inscrição, assegurada, ainda, a proporcionalidade de gênero entre os cotistas. Interessante de ser gizado é a autorização dirigida aos Estados, Distrito Federal e Municípios para instituírem normas de políticas afirmativas para o ingresso nos cargos e empregos públicos das instituições públicas de educação superior, dando, assim, um novo desenho na formatação do corpo docente e de servidores das Universidades, propondo uma verdadeira reforma na comunidade acadêmica.

Uma questão que merece maior reflexão é o parágrafo 2º do seu art. 70, o qual possibilita que tais medidas sejam adotadas nas instituições federais de ensino superior mediante a reserva de percentual de vagas a alunos egressos do ensino público de nível médio na proporção de, no mínimo, autodeclarados afro-brasileiros naquela unidade da Federação. Aqui, diferentemente do projeto inicial do Senador Paim, mistura-se a questão das cotas sociais com as raciais, criando um ambiente confuso a respeito dos beneficiários, o que, ao nosso ver, prejudica em muito a adoção de medidas de ações afirmativas específicas para os negros, pois, como já se mencionou no presente estudo, o estresse racial é somado, em nosso país, ao estresse social.

No escopo do mercado de trabalho, o seu art. 65 institui na área federal, remetendo a regulamentação a decretos do Executivo, cota mínima inicial de 20% dos cargos de livre nomeação e exoneração de direção e assessoramento superior aos afro-brasileiros, até, progressivamente, alcançar a proporção da participação dos negros na população nacional ou estadual, além de medidas para a aquisição de bens e serviços pela Administração Pública que favoreçam a contratação com empresas que mantenham programas de ações afirmativas raciais.

Nas suas disposições finais, importante e necessário dispositivo consta do seu art. 84, impondo ao Poder público a criação de instrumentos para aferir a eficácia social das medidas implantadas pelo Estatuto, com seu monitoramento constante, via expedição de relatórios periódicos.

O PL da Câmara dos Deputados nº 6264/05 encontra-se, desde março de 2006, aguardando a formação de Comissão Especial para redação de seu parecer.

---

<sup>283</sup> Pontue-se que o originário art. 52 do PL do Senado nº 213/03, do Senador Paim, estabelecia um mínimo de 20% das vagas para a população afro-brasileira, inclusive para os concursos públicos da Administração pública Federal, o que não mais subsiste no PL da Câmara dos Deputados de nº 6264/05, para deliberação dessa Casa legislativa.



### 5.5.1 A atuação da Advocacia-Geral da União no caso da UFPR

À Procuradoria-Regional Federal da 4ª Região, com atuação na Região Sul, como órgão integrante da Advocacia-Geral da União, coube a defesa do sistema de cotas instituído pela Resolução nº 37/04 - COUN, na Universidade Federal do Paraná. Através daquela, 20% das vagas oferecidas no vestibular de 2005 eram reservadas ao critério de inclusão racial de estudantes afrodescendentes, e outros 20% eram destinados ao quesito de inclusão social de estudantes que tivessem realizado o ensino fundamental e médio exclusivamente em escolas públicas. Ressalte-se que uma comissão é nomeada pelo Reitor para analisar a documentação, inclusive atestar, nos moldes do Vestibular da UnB, a negritude através dos “olhos da sociedade”.

Em sede do 1º grau de jurisdição, a 7ª Vara da Justiça Federal de Curitiba vinha concedendo liminares em mandados de segurança, com o intuito de acrescentar à lista dos classificados no então 1º vestibular da UFPR adotando o sistema de cotas os candidatos que, em não havendo tal sistema, teriam logrado êxito para o ingresso na Universidade. Nossa atuação começou, pois, junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sediado em Porto Alegre, via interposição de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo às liminares concedidas.

Como se tratava de tema novo, adotamos, conjuntamente com a Procuradoria da Universidade, na pessoa da sua então Chefe, Procuradora Dora Bertúlio, uma postura de apresentação da questão aos Desembargadores Federais, ocasião na qual, além do aspecto social, não poderíamos deixar de sustentar a constitucionalidade de tal sistema.

O primeiro caso, já a nosso favor então a ser julgado, foi relatado pelo Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, de cuja passagem abaixo não podemos nos furtar pelo enquadramento jurisprudencial dado à questão<sup>284</sup>:

É simplismo alegar, em relação ao tema sub examine, que a Constituição proíbe discrimen fundado em raça ou em cor. O que, a partir da declaração dos direitos humanos, buscou-se proibir foi a intolerância em relação às diferenças, o tratamento desfavorável a determinadas raças, a sonegação de oportunidades a determinadas etnias .... É simplismo argumentar que a discriminação existente é em razão dos estamentos sociais; muito embora o branco pobre padeça também de carência de chances, fato irrecusável é que à figura do negro associou-se, imbricou-se mesmo, uma conotação de pobreza que a disparidade acaba por encontrar dupla motivação: por ser pobre ou por ser negro, presumidamente pobre. Não se trata aqui de reparar no presente uma injustiça passada; não se trata de vidita ou compensação pelas agruras da escravidão; a injustiça aí está, presente: as universidades, formadoras das

<sup>284</sup> RIO GRANDE DO SUL. TRF DA 4ª REGIÃO. AI nº 2005.04.01.006358-2, Terceira Turma. Agrte.: UFPR. Agrdo.: G.P.S.F. Relator: Des. Fed. Luiz Carlos de Castro Lugon. Porto Alegre, 24 de fevereiro de 2005. DJU, 01/06/2005. Unânime, transitado em julgado o acórdão em 28/11/2005. Ver íntegra no ANEXO E.

elites, habitadas por esmagadora maioria branca. Permissa máxima vênia, não há como deixar de dizê-lo, ver a disparidade atual e aceitá-la comodamente é uma atitude racista em sua raiz.

Após o julgado acima, muitos outros foram decididos no âmbito do Egrégio TRF da 4ª Região, no mesmo sentido, logrando-se manter o vestibular com o sistema de cotas raciais no âmbito da Universidade Federal do Paraná até presentemente.

### 5.5.2 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal brasileiro

Preliminarmente, anotamos lição de RIOS, a qual dá como de crucial importância a análise do posicionamento das Supremas Cortes para a aferição da possibilidade de êxito das medidas de ação afirmativa<sup>285</sup>.

Precisamente sobre a política de cotas raciais para o ingresso nas Universidades, ainda não se manifestou expressamente a Corte Constitucional brasileira; contudo, pende de julgamento a ADI nº 3197, na qual a Confederação Nacional dos estabelecimentos de ensino pretende ver julgada inconstitucional a lei nº 4151/03, do Estado do Rio de Janeiro, a qual instituiu o sistema de cotas nas universidades estaduais daquele Estado.

Contudo, a despeito de ainda não ter posicionamento expresso sobre o tema das cotas raciais para o ingresso nas Universidades, assim já se manifestou o Supremo Tribunal Federal brasileiro<sup>286</sup> sobre a constitucionalidade de tratamentos desiguais aos desiguais, referendando a doutrina de SANTIAGO DANTAS<sup>287</sup>:

Os homens são desiguais na sociedade e na natureza, tanto quanto as coisas, os lugares, os fatos e as circunstâncias. O princípio da igualdade jurídica não traduz, no campo do direito - como uma opinião atrasada ou tendenciosa quer fazer crer - o desconhecimento dessa desigualdade natural... Por isso a igualdade civil, como a concebem talvez unanimemente os escritores, não é a uniformidade de tratamento jurídico, mas o tratamento proporcionado e compensado de seres vários e desiguais... Se analisamos os casos em que as leis diferenciadoras ou classificadoras ferem o nosso sentimento jurídico, e merecem o nome de arbitrarias, e os casos em que nos parecem corresponder a um agrupamento razoável de casos ou pessoas, logo percebemos que o nosso juízo se forma exclusivamente sobre a base de um exame subjetivo do valor igualitário da lei.

<sup>285</sup> RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e o direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e as ações afirmativas no direito constitucional estadunidense**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004, p. 202.

<sup>286</sup> DISTRITO FEDERAL. STF. Adin nº 1276/SP, Tribunal Pleno. Repte.: Governador Estado SP. Reqdo.: Assembléia Legislativa Estado SP. Relatora: Min. Ellen Gracie., Brasília, 29 de agosto de 2002. DJU, pp.00017, 29/11/2002.

<sup>287</sup> DANTAS, F. C. San Tiago. Igualdade perante a lei. In: **Problemas de Direito positivo**. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 62-63.

Gize-se que, sob a presidência do Ministro Marco Aurélio de Mello, foi aberta a concorrência nº 3/2001, a qual contratou profissionais para a prestação de serviço de jornalismo, tendo o edital previsto a reserva de 20% das vagas para negros. Dignas de registro as palavras do Ministro: “A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso”. e, também, “O projeto de cotas é temporário. Esperamos que, depois, a inserção do negro ocorra naturalmente”<sup>288</sup>.

Por oportuno, em diversas oportunidades outras que não atinentes à política de cotas raciais, a questão do tratamento diferenciado entre desiguais foi abordada, senão pela admissibilidade de tal tratamento, das quais podemos nos aproveitar para o presente trabalho, pois no sentido da constitucionalidade de tais medidas, conforme excertos de ementas abaixo:

Inocorrência de quebra da isonomia: não se estabeleceu tratamento desigual entre pessoas numa mesma situação, mas apenas facultou-se atendimento diferenciado em situação diferenciada.

(DISTRITO FEDERAL. STF. RE 226.835/RS, Primeira Turma. Recte.: Estado do RS. Recda.: R.P.D. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 14 de dezembro de 1999. **DJU**, pp.00021, 10/03/2000.)

Isonomia tributária. Vedação de tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente.

(DISTRITO FEDERAL. STF. AI-AgR 203.845/RJ, Segunda Turma. Agte.: Estado do RJ. Agdo.: L.S.C. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 07 de dezembro de 1998. **DJU**, pp.00004, 03/12/1999.)

Tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente. Violação ao princípio da igualdade e da isonomia tributária. Art. 150, II da Constituição Federal.

(DISTRITO FEDERAL. STF. ADI-MC 1655/AP, Tribunal Pleno. Reqte.:

Governador Estado AP. Reqda.: Assembléia Legislativa Estado AP. Brasília, 10 de setembro de 1997. **DJU**, pp.54156, 24/10/1997.)

Inconstitucionalidade inexistente. A sucessão regula-se por lei vigente à data de sua abertura, não se aplicando a sucessões verificadas antes do seu advento a norma do art. 227, § 6º, da Carta de 1988, que eliminou a distinção, até então estabelecida pelo Código Civil (art. 1605 e § 2º), entre filhos legítimos e filhos adotivos, para esse efeito. Discriminação que, de resto, se assentava em situações desiguais, não afetando, portanto, o princípio da isonomia.

(DISTRITO FEDERAL, STF. RE 163.167/SC, Primeira Turma. Recte.: M.G.P. Recdo.: Esp. N.S.O./A.D.O. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 05 de agosto de 1997. **DJU**, pp.55560, 31/10/1997.)

A norma consubstanciada no art. 29 do CP, que contem atenuações ao princípio da unidade do crime, não impede que o magistrado, ao proferir a sentença penal condenatória, imponha penas desiguais ao autor e ao co-autor da prática delituosa. A possibilidade jurídica desse tratamento penal diferenciado justifica-se, quer em face do próprio princípio constitucional da individualização das penas, quer em função da cláusula legal que, inscrita no art. 29, *caput, in fine*, do CP, destina-se a minorar os excessos da equiparação global dos co-autores (PAULO JOSE DA COSTA JUNIOR).

(DISTRITO FEDERAL, STF. HC 70.022/RJ, Primeira Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 20 de abril de 1993. **DJU**, pp.09003, 14/05/1993.)

Tratamento desigual a situações desiguais mais exalta do que contraria o princípio da isonomia.

<sup>288</sup> Disponível na seção notícias, de 02/01/2002, em <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=17056&param=&tip=UN>>. Acesso em: 22. nov. 2006.

(DISTRITO FEDERAL, STF. HC 68.416/DF, Segunda Turma. Impte.: F.J.M. Pacte.: J.G.L. Relator: Min. Paulo Brossard. Brasília, 08 de setembro de 1992. DJU, pp.19515, 30/10/1992.)

Não cabe invocar o princípio da isonomia onde a Constituição, implícita ou explicitamente, admitiu a desigualdade.

(DISTRITO FEDERAL. STF. RE nº 82.520/SP, Primeira Turma. Relator: Min. Cunha Peixoto. Brasília, 04 de novembro de 1975.)

Como ilustração do acima, o Ministro Marco Aurélio de Mello chega a usar a expressão de “amostragem de ação afirmativa” àqueles grupos previstos expressamente no corpo da CRFB, justificando juridicamente, pois, outras medidas de ações afirmativas, ainda que não explicitadas no texto constitucional, senão em sede de seus princípios reitores<sup>289</sup>:

Falta-nos, então, para afastarmos do cenário as discriminações, uma mudança cultural, uma conscientização maior dos brasileiros; urge a compreensão de que não se pode falar em Constituição sem levar em conta a igualdade, sem assumir o dever cívico de buscar o tratamento igualitário, de modo a saldar dívidas históricas para com as impropriamente chamadas minorias, ônus que é de toda a sociedade... É preciso buscar a ação afirmativa. A neutralidade estatal mostrou-se um fracasso. Há de se fomentar o acesso à educação; urge um programa voltado aos menos favorecidos, a abranger horário integral, de modo a tirar-se meninos e meninas da rua, dando-se-lhes condições que os levem a ombrear com as demais crianças. E o Poder Público, desde já, independentemente de qualquer diploma legal, deve dar à prestação de serviços por terceiros uma outra conotação, estabelecendo, em editais, quotas que visem a contemplar os que têm sido discriminados... **Deve-se reafirmar: toda e qualquer lei que tenha por objetivo a concretude da Constituição não pode ser acusada de inconstitucional. Entendimento divergente resulta em subestimar ditames maiores da Carta da República, que agasalha amostragem de ação afirmativa**, por exemplo, no artigo 7º, inciso XX, ao cogitar da proteção de mercado quanto à mulher e da introdução de incentivos; no artigo 37, inciso III, ao versar sobre a reserva de vagas - e, portanto, a existência de quotas - , nos concursos públicos, para os deficientes; nos artigos 170 e 227, ao emprestar tratamento preferencial às empresas de pequeno porte, bem assim à criança e ao adolescente.(grifo apostro)

Também o Ministro Barbosa Gomes já expressou seu posicionamento doutrinário pela constitucionalidade de tais medidas sob o viés do direito constitucional brasileiro, mesmo que não constantes em seu texto expressamente<sup>290</sup>:

No plano estritamente jurídico (que se subordina, a nosso sentir, à tomada de consciência assinalada nas linhas anteriores), o Direito Constitucional vigente no Brasil, é perfeitamente compatível com o princípio da ação afirmativa. Melhor dizendo, o Direito Brasileiro já contempla algumas modalidades de ação afirmativa, inclusive em sede constitucional.. Assim, à luz desta respeitável doutrina, pode-se concluir que o Direito Constitucional brasileiro abriga, não somente o princípio e as modalidades implícitas e explícitas de ação afirmativa a que já fizemos alusão, mas também as que emanam dos tratados internacionais de direitos humanos assinados pelo nosso país. Com efeito, o Brasil é signatário dos principais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial a Convenção sobre a

<sup>289</sup> Texto extraído de palestra proferida, em 20 de novembro de 2001, no Seminário “Discriminação e Sistema Legal Brasileiro”, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho. In: COAD/ADV, **Seleções Jurídicas**, jan., 2002, p. 33.

<sup>290</sup> Disponível em <<http://www2.mre.gov.br/ipri/Rodrigo/RACISMO/SALVADOR%5CPAPERS%5C1%20Joaquim%20Barbosa.rtf>>. Acesso em: 07. jan. 2007.

Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, os quais permitem expressamente a utilização das medidas positivas tendentes a mitigar os efeitos da discriminação.

E a recém-empossada Ministra Carmem Lúcia Rocha não segue outra linha de pensamento acadêmico, de que não há necessidade de expressa menção a programas específicos de ação afirmativa, senão há de se fazer uma leitura teleológica da Constituição a respeito para legitimar constitucionalmente tais políticas<sup>291</sup>:

Se em algumas passagens a Lei Fundamental da República define comportamentos específicos favorecedores de grupos desfavorecidos histórico-social e histórico-economicamente, não se tenha serem eles os únicos que se poderiam considerar dotados ou dotáveis de condicionamentos especiais no Direito Positivo. O que com eles se tem é, basicamente, a amostragem, o norte, a baliza fundamental para a aplicação devida e justa do princípio da igualdade jurídica sustentador do sistema constitucional.

Pelo que não apenas a Constituição, mas o sistema jurídico nacional em sua inteireza, curva-se, condiciona-se, efetiva-se pela apreensão do princípio figurado com aquela concepção consagradora da obrigação de adoção de comportamentos que afirmam diferenças injustas, historicamente ou mesmo no presente, para que se superem as discriminações e se tenha a prática eficaz da igualdade no Direito.

Daí os exemplos que se podem arrolar de adequação das normas jurídicas infraconstitucionais que dão aplicação plena àquele princípio, transformando um entendimento que antes prevalecia quanto à igualdade jurídica.

Por relevante, a doutrina de BRANCO<sup>292</sup> também corrobora esse aspecto de que pode haver outros meios de se fazer valer os direitos fundamentais que não os insculpidos expressamente na Constituição:

A leitura da Constituição brasileira mostra que essas limitações são, às vezes, expressamente previstas no Texto... A exemplo dos sistemas jurídicos em que se abebera o direito brasileiro, portanto, não há, em princípio, que se falar, entre nós, em direitos absolutos. Tanto outros direitos fundamentais, como outros valores com sede constitucional podem limitá-los.

Do exposto, temos que vários integrantes do Supremo Tribunal Federal já se manifestaram, ainda que doutrinariamente, pela constitucionalidade das ações afirmativas raciais, ainda que não previstas expressamente no seu texto.

<sup>291</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa - o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista trimestral de Direito Público**, nº 15, 1996, p. 96.

<sup>292</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, 2. tiragem, p. 120-121.

## 6 A POLÍTICA DE COTAS RACIAIS PARA O INGRESSO NA UNIVERSIDADE BRASILEIRA

### 6.1 Modelo dos vestibulares adotados

Abaixo, apresentamos um quadro atual da situação da política de cotas raciais para ingresso nas principais Universidades públicas do País, valendo-se de sua autonomia universitária constitucional, dada, portanto, até o momento, a inexistência de lei infraconstitucional cogente em vigor<sup>293</sup>, aliás, autonomia essa que deveria pautar a seleção para o ingresso, tendo em vista a composição da população local, na proporção negros/brancos, e não um modelo único nacional, como bem salienta CARVALHO: “Na verdade, cada universidade deveria ser capaz de experimentar com o formato que melhor lhe aprouvesse. Absurdo maior torna-se então admitir que os formatos sejam padronizados nacionalmente”<sup>294</sup>. Também trazemos a contribuição do educador Anísio Teixeira em defesa da autonomia na área do ensino<sup>295</sup>:

Se o processo educativo é, assim, individual e peculiar a cada um, está claro que, de todas as instituições, nenhuma precisa de maior autonomia e liberdade de ação do que a escola. Essa autonomia vai do aluno ao professor, até ao diretor do estabelecimento. Cumpre dar a cada estabelecimento o máximo de autonomia possível e essa regra é a grande regra de ouro da educação. Tudo que puder ser dispensado, como controle central, deverá ser dispensado.

#### 6.1.1 Universidade de Brasília - UnB

A UnB, a primeira Universidade federal do Brasil a adotar o ingresso via sistema de cotas raciais, instituiu o método em junho de 2003. Os antropólogos José Jorge de Carvalho e Rita Laura Segato tiveram decisiva participação nesse processo, visto que a base científica que o Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (CEPE) da Universidade se apoiou para a aprovação da proposta das cotas foi o plano de metas para a integração social, étnica e racial pelos intelectuais acima elaborado. No entanto, quanto à autoclassificação, a UnB tomou outro rumo, não se contentando com a autoclassificação proposta pelos Professores, introduzindo, assim, a fotografia e a Comissão para evitar a ação de supostos “fraudadores

<sup>293</sup> Cfme. art. 207 da CRFB.

<sup>294</sup> CARVALHO, José Jorge de. **Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior**. São Paulo: Attar, 2005, p. 151.

<sup>295</sup> R. Brás. Est. Pedag., Brasília, v. 86, n. 212, jan./abr., 2005, p. 23-37.

raciais”, o que foi alvo de severas críticas por parte de Carvalho e Segato<sup>296</sup>. Tanto a fotografia quanto a entrevista futura com a Comissão visavam a fazer com que o caráter fenotípico e de envolvimento com a causa negra valessem, extirpando os possíveis oportunistas das cotas raciais. Isso fez com que muitos críticos, notadamente da área da Antropologia, tachassem, pensamos, de forma injusta, o vestibular da UnB de instituir um “tribunal racial” no País, na medida em que entendemos necessária a existência de tais bancas para analisar os casos de discriminação racial sofridos, claro, sempre preservado o acesso a recursos administrativos, no âmbito colegiado da própria Universidade, e meios judiciais. Isso realmente evita a ação dos fraudadores raciais, garantindo as vias administrativas e judiciais para ceifar eventuais discrepâncias perpetradas por essas bancas.

Na mesma toada por nós defendida, GUIMARÃES<sup>297</sup> nos traz que o critério fenotípico “cor” adotado pela Comissão do Vestibular da UnB para selecionar os beneficiados pelas cotas raciais não tem tido resultados muito discrepantes, na medida em que somente tem havido cerca de 5% de divergências entre as autodeclarações e o constatado por aquela Comissão.

No seu segundo vestibular de 2004, com 25% das vagas de cada curso a este sistema reservadas, constam pontos importantes do seu edital. Já no item 2.2 e subitem 2.2.1, do Edital nr. 03, de 18/03/2004, assim constavam, respectivamente:

O 2º vestibular de 2004 da UnB será realizado por meio de dois sistemas de vagas: o sistema universal e o sistema de cotas para negros.  
 Todos os candidatos que se inscreverem no 2º vestibular de 2004 da UnB concorrerão pelo sistema universal. Para concorrer prioritariamente pelo sistema de cotas para negros, o candidato deverá preencher os requisitos apresentados no item 3 deste Edital.

E assim foi redigido o item 3:

3.1 Para concorrer às vagas reservadas por meio do sistema de cotas para negros, o candidato deverá: ser de cor preta ou parda; declarar-se negro(a) e optar pelo sistema de cotas para negros.  
 3.2 No momento da inscrição, o candidato será fotografado e deverá assinar declaração específica relativa aos requisitos exigidos para concorrer pelo sistema de cotas para negros.  
 3.2.1 Não serão aceitos pedidos de inscrição às vagas reservadas pelo sistema de cotas para negros via internet, via fax, via correio eletrônico ou via postal.  
 O candidato que desejar concorrer às vagas reservadas para negros deverá efetuar sua inscrição somente nos postos de inscrição listados no subitem 5.12.2 deste edital, conforme procedimentos especificados no subitem 5.3.

<sup>296</sup> SANTOS, Ricardo Ventura e MAIO, Marcos Chor. Política de cotas raciais, os “olhos da sociedade” e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília (UnB). In: STEIL, Carlos Alberto (Org.). **Cotas raciais na Universidade: um debate**. Porto Alegre: Ed. da UFRGS, 2006, p. 23.

<sup>297</sup> GUIMARÃES. Antônio Sérgio Alfredo. Entre o medo de fraudes e o fantasma das raças. In: STEIL, Carlos Alberto (Org.). **Cotas raciais na Universidade: um debate**. Porto Alegre: Ed. da UFRGS, 2006, p. 54.

O pedido de inscrição e a foto que será tirada no momento da inscrição serão analisados por uma Comissão que decidirá pela homologação ou não da inscrição do candidato pelo sistema de cotas para negros.

O candidato que não atender às condições descritas no subitem 3.1 não terá sua inscrição homologada no sistema de cotas para negros.

O edital contendo a lista das inscrições homologado pela Comissão será publicado no Diário Oficial da União, divulgado nos quadros de aviso do CESPE e disponibilizado na internet, no endereço eletrônico [www.cespe.unb.br](http://www.cespe.unb.br), na data provável de 21 de maio de 2004.

Os candidatos que não tiverem a sua inscrição homologada no sistema de cotas para negros concorrerão às vagas do sistema universal.

O candidato poderá interpor recurso contra o resultado da não-homologação de sua inscrição, conforme procedimentos a serem divulgados no edital de que trata o subitem 3.3.2.

A Comissão reserva-se o direito de convocar o candidato para dirimir quaisquer dúvidas acerca de seu pedido de inscrição ou recurso.

3.4 A qualquer tempo poder-se-á anular a inscrição, as provas ou o registro do candidato, caso seja verificada falsidade nas declarações e/ou irregularidades nas provas e/ou nos documentos apresentados.

Veja-se que não são aceitas inscrições por terceiros, por internet, ou outro meio que não o presencial no sistema de cotas, devido ao fato de ser tirada uma fotografia no momento da inscrição do candidato, aliás, distoando do critério maciço de autodeclaração adotado pelas outras Universidades, tendo causado várias lides judiciais<sup>298</sup>. Essa questão da fotografia para dar maior veracidade à autodeclaração firmada pelo candidato, associada à formação de uma comissão que permitirá ou não que aquele candidato se beneficie das vagas destinadas a cotistas negros, tem gerado questões tormentosas em que boa parte da doutrina está criticando no vestibular da Unb; no entanto, repetimos, deve permanecer tal sistemática adotada pela Universidade, dadas as observações por nós feitas logo acima.

Conforme o boletim informativo do 2º vestibular de 2004<sup>299</sup>, podemos tirar algumas constatações muito importantes:

- 1ª) A quantidade de candidatos por vaga, no sistema de cotas e no sistema universal, é díspar nos cursos de maior concorrência. Tomemos, por exemplo, os cursos mais procurados, Medicina e Direito, e vemos que, naquele, pelo sistema universal, o quociente é de 82,38; enquanto, no de cotas, é de 32,86. Já, no Curso de Direito, pelo sistema universal, o quociente é de 61,40; enquanto, no de cotas, é de 47,20.
- 2ª) Já se pegarmos os cursos, por exemplo, de Pedagogia e de Serviço Social, teremos, naquele, o quociente de 13,38 pelo sistema universal e de 13 pelo de cotas, e, neste, 15,54, pelo sistema universal e 12,67, pelo de cotas, o que

<sup>298</sup> HERINGER, Rosana. Políticas de promoção da igualdade racial no Brasil. In: FERES JÚNIOR, João e ZONINSEIN Jonas (Orgs.). **Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas**. Brasília: Ed. da UnB, 2006, p. 79-109.

<sup>299</sup> Vide ANEXO C.



demonstra concorrência mais equilibrada entre os não-cotistas e cotistas, respectivamente.

- 3ª) No entanto, o argumento final mínimo no Curso de Medicina, que teve os maiores argumentos finais mínimo e máximo de todos os cursos, foi de 361 para o sistema universal e 334,40 para o sistema de cotas, e o argumento final máximo foi de 478,40 no sistema universal e 430 no sistema de cotas.
- 4ª) Já, no curso de Pedagogia, o argumento final mínimo pelo sistema universal foi de - 47,20, enquanto pelo de cotas foi de - 60,10, e o argumento final máximo foi de 136,80 pelo sistema universal e de 9,80 pelo sistema de cotas.
- 5ª) Somente os cursos de Engenharia Civil, Artes Cênicas, Artes Plásticas, Educação Artística e Música não tiveram as vagas pelo sistema de cotas preenchidas.
- 6ª) 56% dos candidatos pelo sistema de cotas foram desclassificados; enquanto 40% o foram pelo sistema universal.
- 7ª) Ao curso de Música, das cinco vagas oferecidas pelo sistema de cotas, nenhuma foi preenchida.

Podemos tirar a conclusão de que os candidatos que entraram pelo sistema de cotas nos cursos mais concorridos, ainda que com vantagem na concorrência, relação candidatos por vaga, tiveram notas muito próximas aos que entraram pelo sistema universal; conclusão não aplicável aos cursos de menor quantidade candidatos/vaga, nos quais a diferença entre as notas pelo sistema universal e de cotas foi muito grande. Ou seja, quem entrou pelo sistema de cotas nos cursos mais disputados teve um desempenho muito parecido ao sistema universal.

Da página eletrônica da UnB, consta análise institucional de seu sistema de cotas, com sua estrutura montada para o acompanhamento do cotista, como medida relevante e necessária para a manutenção do cotista na Universidade, o que julgamos de extrema importância pois, o fundamental, não é o negro entrar na Academia, senão sair graduado com a mesma qualidade dos não-cotistas<sup>300</sup>.

### 6.1.2 Universidade Federal do Paraná - UFPR

A Resolução nr. 56/04, de 04 de junho de 2004, do Conselho de Ensino, pesquisa e extensão alterou alguns artigos da Resolução nr. 85/03, do mesmo Conselho. Assim, os arts.

---

<sup>300</sup> Vide ANEXO D.

5º, 9º, 17, 25 26 e 29 desta passaram a ter a seguinte redação, no que concerne ao sistema de cotas:

Art. 5º: O CEPE estabelecerá até o último dia útil do mês de junho de cada ano as vagas que serão oferecidas para os cursos nos períodos letivos do ano seguinte:

§ 1º: Das vagas oferecidas para os cursos, 20% (vinte por cento) serão de inclusão racial, disponibilizadas para estudantes afrodescendentes, sendo considerados como tais os que se enquadrarem como pretos ou pardos, conforme classificação adotada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

§ 2º: Das vagas oferecidas para os cursos, 20% (vinte por cento) serão de inclusão social, disponibilizadas para estudantes oriundos de escola pública, que tenham realizado o ensino fundamental e médio exclusivamente em escola pública, sendo possível, apenas no processo seletivo de 2005, a exceção de um ano letivo cursado em escola particular.

Art. 9º: A inscrição será feita mediante o preenchimento da ficha de inscrição no site do NC na internet (www.nc.ufpr.br), conforme instruções no guia do candidato e no edital a que se refere o art. 3º.

§ 1º: O candidato afro-descendente que desejar concorrer às vagas previstas no § 1º do art. 5º deverá assinalar essa opção no ato de inscrição e fazer a auto-declaração do grupo racial a que pertence.

§ 2º: O candidato oriundo de escola pública que desejar concorrer às vagas previstas no § 2º do art. 5º deverá assinalar esta opção no ato de inscrição.

§3º: O candidato poderá assinalar apenas uma das opções mencionadas nos parágrafos anteriores deste artigo, sendo elas mutuamente exclusivas.

Art. 17: **Serão convocados para a segunda fase os candidatos melhor classificados, independentemente de terem optado ou não pelas vagas de inclusão racial e social, em número de “N” vezes o número de vagas**, assumindo ‘N’ um dos seguintes valores, dependendo da relação candidato/vaga em cada curso:

‘N’ = 3, quando a relação candidato/vaga for igual ou inferior a 10;

‘N’ = 4, quando a relação candidato/vaga for superior a 10 e inferior a 15;

‘N’ = 5, quando a relação candidato/vaga for igual ou superior a 15 e inferior a 20; ou

‘N’ = 6, quando a relação candidato/vaga for igual ou superior a 20.

Art. 25: **Observando o disposto nos artigos 16, 20, 21, 22, 23 e 24, o NC efetuará uma classificação dos candidatos de cada curso que concluíram a segunda fase do processo seletivo, em ordem decrescente de desempenho, independentemente da opção assinalada pelos candidatos quanto às vagas de inclusão racial e social.**

Art. 26: Serão emitidos, com base no desempenho dos candidatos:

**um relatório básico para divulgação, organizado por curso, em ordem alfabética, contendo os nomes dos candidatos classificados até o limite de vagas do curso, sem menção de classificação ou de opção para as vagas de inclusão racial e social da UFPR.**

**Parágrafo único: Apenas o relatório básico, mencionado na alínea ‘a’, se destina a divulgação pública.**

Art. 29: A convocação para o preenchimento das vagas de cada curso ocorrerá como segue:

**para as vagas de inclusão racial e social, previstas nos §§ 1º e 2º do art. 5º, serão convocados os candidatos que obtiveram o melhor desempenho, em cada curso, dentre os optantes da respectiva categoria ;**

II- para as vagas restantes, inclusive aquelas resultantes de não haver candidatos em condições de preencher as vagas de inclusão racial e social, serão convocados os candidatos que obtiveram a melhor classificação geral do curso, excetuando-se aqueles já contemplados com as vagas a que se refere o inciso anterior.

(grifo aposto)

Da análise da Resolução acima, vemos que os candidatos somente são beneficiados pelas cotas racial e social na segunda etapa do processo seletivo, isto é, mesmo estes devem estar, na classificação geral pós-1ª etapa, dentro do número “N” descrito no art. 17 acima.

Na segunda etapa, então, a partir do processo seletivo de 2005, são destinadas 20% das vagas de todos os cursos para a cota racial e outros 20% para a cota social, não podendo um candidato optar por concorrer às duas cotas. E isto é importante: em cada curso, mesmo os de Medicina e Direito, nos quais os alunos afrodescendentes e pobres tinham acesso quase inexistente, pois, dos cursos em que conseguiam vencer a classificação geral, somente nos de menor concorrência e, conseqüentemente, os de menor remuneração e status futuros, havia esses estudantes.

Logo, a afirmação de que “vão entrar pessoas afrodescendentes e pobres sem condições de frequentar os cursos, pois entraram sem vestibular” é totalmente falsa, dado que, para se beneficiar do sistema de cotas, há de o candidato se classificar, após a 1ª fase, dentro do número de vagas “N”, explicitado no art. 17 acima. Em reforço, ressalte-se que se o Governo disponibilizasse ensino universitário para todos os capacitados, todos os aprovados na 1ª fase teriam direito de adentrar à Universidade pública.

Também constatamos que a divulgação pública é feita mediante ordem alfabética, não sendo divulgada a classificação do candidato no Curso, e nem sua opção pela cota racial ou social. Isso significa que, pelo menos em caráter oficial, não haverá a discriminação dos que entraram pelo sistema de cotas, dado que a divulgação dos que vão entrar na Universidade será em ordem alfabética. Nesse aspecto, avisamos nós, urge a imediata revogação do parágrafo único do art. 44 da LDB, incluído pela lei nº 11.331/06, sob pena de dificultar, em muito, a aplicação das ações afirmativas raciais na área da educação<sup>301</sup>.

Ainda temos do caso UFPR que, em não havendo o preenchimento das vagas destinadas às cotas, aquelas serão revertidas aos candidatos da classificação geral de cada curso.

Por oportuno, vemos que, na entrevista para registro do aluno, realizada por uma comissão composta por representantes da comunidade e da Universidade, somente os candidatos que possuem traços de afrodescendência, e que sejam discriminados por isso, beneficiam-se das cotas raciais. E, da eventual negativa, há o direito do recurso administrativo, respeitando-se, assim, aos princípios do processo administrativo federal, previstos na Carta Magna e insculpidos na lei nº. 9784/99. E, claro, o processo judicial está

---

<sup>301</sup> “Os resultados do processo seletivo referido no inciso II do caput deste artigo serão tornados públicos pelas instituições de ensino superior, sendo obrigatória a divulgação da relação nominal dos classificados, a respectiva ordem de classificação, bem como do cronograma das chamadas para matrícula, de acordo com os critérios para preenchimento das vagas constantes do respectivo edital”.

sempre aberto, como o esteve aos candidatos que entendiam estarem seus direitos violados, no que não teve concordância do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Quanto ao apoio para permanência, de crucial importância para o êxito da política das ações afirmativas em tela, são concedidas bolsas, mantidas em parceria da Universidade com a Fundação Araucária e, também, no âmbito do Programa Afro-atitude.

Relato muito importante nos é dado pelo Reitor da Universidade Federal do Paraná acerca da avaliação dos primeiros vestibulares adotados naquela Instituição, com o benefício da mudança do cenário acadêmico, provocado pela diversidade adotada em seus concursos vestibulares<sup>302</sup>.

Também merece destaque a política da UFPR quanto à seleção dos cotistas, garantindo a ampla transparência e defesa dos candidatos porventura não abrangidos pelos critérios adotados para o ingresso no programa ainda no âmbito administrativo da Universidade, o que, aliás, não poderia deixar de sê-lo, tendo em vista a CRFB 88 ter estendido ao processo administrativo as mesmas garantias fundamentais aplicáveis ao processo judicial<sup>303</sup>. Ademais, a via judicial sempre pode ser usada como garantia dos vestibulandos<sup>304</sup>, repetimos, como em um caso que também presenciamos, no qual os critérios da Comissão nomeada pela UFPR foram questionados, e, especificamente, o TRF da 4ª Região manteve a decisão daquele órgão colegiado acadêmico, que indeferiu recurso administrativo apresentado por aluno que não se enquadrava nos critérios fenotípicos característicos de negro à vista de duas fotos, exigidas pela Instituição de ensino. Interessante excerto do acórdão ora em apreço, que realça a importância e a constitucionalidade das comissões de averiguação da autodeclaração de negritude para efeitos de inscrição como cotista<sup>305</sup>: “Ao ser perguntada se sofreu alguma vez discriminação racial afirmou a autora que experiência desse tipo lhe ocorreu na Nova Zelândia, mas não no Brasil onde as pessoas são em comum mais morenas. Ou seja, naquele país, onde esteve por ocasião de um intercâmbio, sentiu-se socialmente identificada como negra, mas não no Brasil”.

---

<sup>302</sup> Vide ANEXO F.

<sup>303</sup> Vide ANEXO G.

<sup>304</sup> Vide ANEXO H.

<sup>305</sup> RIO GRANDE DO SUL. TRF DA 4ª REGIÃO. AI nº 2005.04.01.022310-0, Terceira Turma. Agrte.: F.L. Agrdo.: UFPR. Relator: Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Porto Alegre, 01 de junho de 2005. DJU, 21/09/2005.

### 6.1.3 Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

De forma pioneira no País, a formatação atual do programa se deu por meio da lei estadual nº 4151/03, a qual estabeleceu que 20% das vagas são destinadas a afrodescendentes, 20% para egressos de escolas públicas e 5% a portadores de necessidades especiais e minorias étnicas, devendo os autodeclarados negros optar pela concorrência com as vagas destinadas aos afrodescendentes ou aos egressos de escolas pública, ambos com um corte máximo de renda per capita que, desde o vestibular de 2005, é de R\$ 520,00 mensais. A lei assegura, ainda, que a Universidade crie mecanismos de combate à fraude, como uma Comissão de Acompanhamento das inscrições, mas não prevê a fotografia. Conjuntamente com a política de ingresso, foi criado o Programa de Iniciação Acadêmica - PROINICIAR, o qual objetiva dar apoio ao estudante e garantir-lhe a permanência até a colação de grau. No seu bojo, são realizados módulos de 30 horas cada nas disciplinas de língua portuguesa, matemática, língua estrangeira, química, física e informática, além de oficinas culturais. SOUTO MAIOR<sup>306</sup> traz que, com a adoção de tal medida, o índice de reprovação dos seus participantes é a metade em comparação com os demais alunos ingressos via cotas. Além disso, foram concedidas bolsas aos participantes do programa de cotas, no valor de R\$ 190,00, durante 1 ano e, com algumas Prefeituras, como a de Nova Iguaçu, foi firmada parceria no sentido de aumentar o seu valor, podendo chegar a R\$ 400,00 mensais. Também há outras bolsas obtidas junto a empresas privadas. Essas e outras iniciativas possibilitaram que, dos ingressantes no primeiro semestre de 2003 via cotas, 88% tivessem aprovação em todas as disciplinas que cursaram<sup>307</sup>.

### 6.1.4 Universidade Federal da Bahia - UFBA

Desde 2005 há cotas para o ingresso na Universidade, de tal forma que 43% das vagas são destinadas a estudantes que tenham cursado todo o ensino médio e mais um ano do ensino fundamental no sistema público, sendo que, desse total, 85% são reservadas para pretos e pardos; outros 2% são destinadas para os descendentes de índios que tenham realizado sua formação nos mesmos moldes anteriores. É necessário, também nesse vestibular, que os

---

<sup>306</sup> Conforme palestra documentada pela Professora Márcia Souto Maior, Coordenadora do PROINICIAR/UERJ, por ocasião do Seminário “Experiências de ações afirmativas: cotas étnicas e sociais”, realizado em 21/08/2006, na UFRGS.

<sup>307</sup> SANTOS, Renato Emerson dos. Políticas de cotas raciais nas universidades brasileiras. In: FERES JÚNIOR, João e ZONINSEIN Jonas (Orgs.). **Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas**. Brasília: Ed. da UnB, 2006, p. 110-135.

candidatos que ingressem via as cotas não sejam eliminados nas suas duas fases. Aqui, da mesma maneira, são fornecidas bolsas de permanência para os cotistas, com convênios firmados com o Ministério da Saúde e a Prefeitura Municipal de Salvador. Afirma SANTOS<sup>308</sup> que, em 11 dos 18 cursos de maior concorrência, os beneficiados por tal programa obtiveram coeficientes de rendimento escolar igual ou melhor do que os não-cotistas.

#### 6.1.5 Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP<sup>309</sup>

Aqui, a despeito de pensarmos necessária a política de cotas, temos um excelente exemplo de adoção de ações afirmativas para o ingresso na Universidade sem, contudo, adotar-se o sistema de cotas. O programa é constituído por quatro vetores, quais sejam, a isenção da taxa de inscrição no vestibular, a concessão de bônus de pontos, a garantia de condições de permanência e o acompanhamento dos resultados dos beneficiados pelo programa, que, atualmente, é responsável por cerca de 30% das matrículas decorrentes do Programa de Ação afirmativa e inclusão social - PAAIS.

Quanto ao sistema de bonificação de pontos no concurso vestibular, estes são concedidos a egressos de escola pública, recebendo tais alunos 30 pontos, sendo agregados mais 10 aos auto-declarantes pretos, pardos ou indígenas, em uma nota que tem como média 500 pontos.

No tocante às condições de permanência, além de programas de apoio médico e psicológico, são oferecidas bolsas e moradia estudantil. Aproximadamente 13% do orçamento da Universidade é aplicado em assistência estudantil.

#### 6.1.6 Outras Universidades

Em levantamento realizado até dezembro de 2004, havia outras nove Universidades estatais estaduais que já tinham implementado ações afirmativas para o acesso ao seu

---

<sup>308</sup> Conforme palestra proferida por Jocélio Teles dos Santos, do Centro de estudos afro-orientais da Universidade Federal da Bahia, em palestra proferida no do Seminário “Experiências de ações afirmativas: cotas étnicas e sociais”, em 21/08/2006, por ocasião do Seminário “Ação afirmativa pelo ingresso e inclusão pela expansão”, realizado na UFRGS.

<sup>309</sup> Conforme palestra documentada do Professor Edgar de Decca, Pró-reitor de Graduação da UNICAMP, por ocasião do Seminário “Ação afirmativa pelo ingresso e inclusão pela expansão”, em 14/09/2006, realizado na UFRGS.

ingresso, além da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ e da Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP, quais sejam, a Universidade Estadual do Norte-Fluminense - UENF; Universidade do Estado da Bahia - UNEB; Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS; Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG; Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES; Universidade Estadual de Goiás - UEG; Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT; Universidade do Estado do Amazonas - UEA e Universidade Estadual de Londrina - UEL. Destaque-se que a UNICAMP foi a única dessas que não adotou a sistemática de cotas, de reserva de vagas, mas sim, de um programa mais amplo, de pontuação adicional para estudantes oriundos de escola pública e/ou negros<sup>310</sup>. Quanto a outras federais pesquisadas, temos que, até o processo seletivo de 2006, a Universidade Federal Rural do Semi-Árido - UFRSA, a Fundação Universidade Federal de Rondônia - UNIR, a Universidade Federal Rural de Pernambuco - UFRPE, a Universidade Federal do Ceará - UFC, a Universidade Federal de Viçosa - UFV, a Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO e a Universidade Federal de São João Del Rei - UFSJ não adotavam ainda a política de cotas raciais, nem qualquer programa de ações afirmativa nesse sentido.

## **6.2 Cuidados necessários quando da aplicação das políticas públicas de ação afirmativa nos vestibulares**

Como já visto acima, as ações afirmativas raciais, quer via cotas ou não, visam à concretização do princípio da igualdade em um sentido material. Nesse intento, é necessário que o Estado, inicialmente, desiguale juridicamente cidadãos, tendo em vista seu próprio estado de desigualdade fática originário; contudo, há de se ponderar cuidadosamente via aplicação da regra da proporcionalidade o limite da interferência estatal nesse processo, sob pena de desvirtuarmos tais medidas para o âmbito da inconstitucionalidade.

Primeiramente, as ações afirmativas raciais, dentro de um caráter excepcional de existência, devem ter uma duração limitada, sendo, assim, capaz de corrigir, ainda que parcialmente, a enorme desigualdade fática entre brancos e negros existente antes de sua implantação, finda a qual deverá se proceder a uma análise estatística dos resultados obtidos no período. Não estar consciente dessa limitação temporal desde o início do programa pode

---

<sup>310</sup> HERINGER, Rosana. Políticas de promoção da igualdade racial no Brasil. In: FERES JÚNIOR, João e ZONINSEIN Jonas (Orgs.). **Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas**. Brasília: Ed. da UnB, 2006, p.79-109.

levá-las à desmoralização, ou a críticas para a sua implementação como “...depois de conceder um benefício assim, que político se dispõe a retirá-lo, correndo riscos eleitorais imensos”<sup>311</sup>?

Ainda sobre a adequação e necessidade de tais políticas, não devemos nos olvidar de que ela se justifica pela presença de uma escandalosa diferença entre o número de negros e brancos na Universidade; contudo, não podemos, paralelamente, deixar de reforçar a necessidade de ser revista a proporção de gastos por aluno por nível de educação. Urge que a diferença de investimentos entre os ensinos fundamental e médio em relação ao nível superior seja diminuída, vez que, por dispormos de escassos recursos, há a necessidade de reforçamos urgentemente a qualidade de nosso ensino básico e técnico, o que faria, a médio prazo, a não mais ser necessária a adoção de cotas para os negros. Sobre isso, vejamos alguns números impressionantes:

**TABELA 12 - Gastos por Aluno por Nível de Ensino**<sup>312</sup>.

BRASIL/NÍVEIS DE ENSINO	ANOS		
	2000	2001	2002
BRASIL	1.057	1.119	1.211
Ed. Infantil	1.044	945	926
Ens. Fund. 1ª a 4ª série	832	833	870
Ens. Fund. 5ª a 8ª série	862	959	1.105
Ens. Médio	870	1.074	1.152
Ed. Superior	10.306	10.093	10.054

Fontes: INEP/MEC, IPEA/DISOC e IBGE.

Notas: 1 - Não inclui Inativos e Pensionistas.

2 - Cálculos realizados a partir dos valores encaminhados para OECD/WEL.

3 - Para 2000, dados municipal estimados. Para 2001 e 2002, dados estadual e municipal estimados.

4 - Utilizou-se Gasto Direto: Pessoal Ativo, Encargos Sociais, Desp. Custeio e Desp. De Capital.

Também, o público alvo de tais medidas não deve ser individualizado a ponto de acabar beneficiando setores muito específicos da população, como, por exemplo, somente os afrodescendentes que vivem no Estado da Bahia. Ora, nesse caso, nada diferenciaria a discriminação sofrida por um negro residente na Bahia ou no Rio Grande do Sul. O que se permite, e até mesmo exige, é que a proporcionalidade estatística também seja observada, quer dizer, a percentagem de beneficiários das ações afirmativas deve fazer retratar o percentual de participação dessa população no geral. Nesse sentido, RIOS: “Daí a conclusão

<sup>311</sup> KAMEL, Ali. **Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006, p. 89.

<sup>312</sup> Total de recursos investidos anualmente por aluno na rede pública por níveis/modalidades de ensino.



pela justiça de sistemas de cotas, desde que proporcionais à composição populacional<sup>313</sup>. E também SARMENTO<sup>314</sup>:

Neste ponto, as diversidades regionais devem ser levadas em consideração. Uma quota num percentual mais elevado para afrodescendentes em instituições de ensino superior pode ser constitucional na Bahia, por exemplo, em que há predominância da população negra, e inconstitucional em Santa Catarina.

O critério de seleção dos beneficiados pelo sistema de cotas raciais deve ser muito bem discutido previamente com a comunidade acadêmica, sob pena de, desde o início, vir a ter-se um processo seletivo com suspeita de favorecimentos ou atécnico. Ou, ainda que muito bem conduzido, possa parecer ter as características acima<sup>315</sup>. Assim, evitam-se críticas como as de MARTINHO de que a comunidade acadêmica tem sido pega de surpresa, referindo-se ao programa de ações afirmativas raciais da Uerj, e, ainda, dá-se legitimidade ao processo como um todo<sup>316</sup>.

Parece-nos, ainda, pelo exposto, que, dado o fato de não podermos precisar a existência biológica de raças, o critério da autodeclaração, seguido obrigatoriamente de entrevistas por comissões compostas por técnicos e membros da comunidade, deve ser priorizado. Pensamos que as fotografias podem subsidiar o trabalho dessas comissões, sempre respeitando o direito de recurso ainda no âmbito administrativo, e nunca afastado o controle jurisdicional, à disposição dos que se sentirem prejudicados. Também, como vem adotando a UERJ, um critério adicional de renda per capita familiar deve ser adotado, visto que, se buscamos a inserção proporcional do negro na sociedade elitizada, não devem ser beneficiários das cotas aqueles que já estão neste patamar.

Ou nas palavras de SOARES<sup>317</sup>:

Os elementos das ações afirmativas são: objetivos numéricos; medidas específicas destinadas a invalidar as causas da discriminação; prazos; e dispositivos para supervisão, acompanhamento e avaliação. Um componente essencial dos programas de ações afirmativas são os programas de educação e sensibilização destinados a

<sup>313</sup> RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e o direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e as ações afirmativas no direito constitucional estadunidense**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004, p. 221.

<sup>314</sup> SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 165.

<sup>315</sup> Aqui, lembramos daquele adágio popular de que “À mulher de César não basta ser honesta, precisa, também, parecer honesta”.

<sup>316</sup> MARTINHO, Francisco Carlos Palomanes. O pomo da discórdia: sobre as cotas raciais e o debate na Uerj. In: FRY, Peter; MAGGIE, Yvonne; MAIO, Marcos Chor; MONTEIRO, Simone e SANTOS, Ricardo Ventura (Orgs.). **Divisões perigosas: políticas raciais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 179.

<sup>317</sup> SOARES, Vera. As ações afirmativas para mulheres na política e no mundo do trabalho no Brasil. In: BENTO, Maria Aparecida Silva et al. **Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000, p. 40.

mudar mentalidades, atitudes e comportamentos em relação à igualdade, às discriminações diretas e indiretas, ao assédio sexual e ao preconceito.

Também devemos atentar para as palavras de BERTÚLIO<sup>318</sup>, em palestra proferida em virtude da realização de Seminário capitaneado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, do qual também tivemos a oportunidade de participar como ouvintes, no sentido de que as ações afirmativas raciais não são responsáveis pela criação do racismo. Assim, não se sustenta que os alunos serão discriminados por ocasião da entrada na Universidade via essa política, senão que já estão desde sempre sendo alvo desse sentimento negativo. A política de ação afirmativa tão-só mostra o problema que poderia estar sendo, convenientemente para alguns, escondido. E, convenhamos, um negro com um curso superior, em nossa sociedade, com certeza será bem menos discriminado do que outro que não o possua, dado o caráter de marca, e não de origem, do racismo praticado no Brasil.

Não podemos nos olvidar de que as Universidades que mantenham programas de ações afirmativas para o acesso dos negros, quer na espécie de cotas, fixas ou não, quer como simples atribuição de pontos como o vestibular da Unicamp, devem oferecer condições de permanência para tais alunos, como bolsas de estudo e programas de reforço em algumas disciplinas do núcleo básico. Nas palavras de HERINGER: “Acredito que no ponto referente à permanência se encontra a chave do sucesso dos programas de ampliação do acesso para estudantes afrodescendentes no ensino superior”<sup>319</sup>. GALUPPO E BASILE chegam a sustentar que um programa de cotas que não viesse acompanhado por medidas de permanência na Universidade para os beneficiados pelo programa não cumpriria seus objetivos plenamente<sup>320</sup>. O mesmo encontramos em HERMIDA<sup>321</sup>:

Do meu ponto de vista, a implementação de PAA não faz mais que maquilar um problema social gravíssimo, já que, do que se trata não é da defesa de um número de cotas mínimas, e sim do ingresso e da permanência dos negros e seus descendentes nos diversos sistemas de ensino, e em especial nas Universidades públicas brasileiras.

Sobre a suposta falta de qualidade dos ingressantes cotistas, temos, no mínimo, o entendimento de FREIRE, que nos chama a atenção para o fato de que não seriam as cotas

<sup>318</sup> Seminário “Experiências de Ações afirmativas: cotas étnicas e sociais”, realizado em 21/08/2006, na UFRGS.

<sup>319</sup> HERINGER, Rosana. Políticas de promoção da igualdade racial no Brasil. In: FERES JÚNIOR, João e ZONINSEIN Jonas (Orgs.). **Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas**. Brasília: Ed. da UnB, 2006, p. 79-109.

<sup>320</sup> GALUPPO, Marcelo Campos e BASILE, Rafael Faria. O princípio jurídico da igualdade e a ação afirmativa étnico-racial no Estado Democrático de Direito: o problema das cotas. **Revista de Informação Legislativa**, ano 43, nº 172, out./dez., 2006, p. 104.

<sup>321</sup> HERMIDA AVEIRO, Jorge Fernando. A política de ações afirmativas (PAA) e a inclusão educacional das Universidades brasileiras. **Revista de Ciências da Educação**. Americana, São Paulo, n. 10, 2004, p. 305.

que inaugurariam trazer estudantes de nível médio ainda não totalmente preparados para a Universidade<sup>322</sup>:

Não será o sistema de cotas que inaugurará na universidade brasileira a presença de estudantes que trazem graves deficiências do ensino médio. Já trabalhamos com essa condição há anos, e não só com os alunos das escolas públicas. Os dados do Enem não permitem omitir essa situação. O problema é que enquanto isso só acontecia nos cursos vistos como de baixo prestígio social parece que ninguém se incomodava. Será que a formação de professores é menos importante que a formação de odontólogos?

Um ponto final de capital importância para que a política da ação afirmativa visando ao ingresso dos negros na Universidade não fique desacreditada é fazer um esclarecimento público à comunidade acadêmica para desmistificar alguns mitos reinantes ainda sobre o tema. E um dos fóruns propícios a essas discussões é a Rede de estudos de ação afirmativa (Reaa), criada em 2004 por cientistas sociais de várias universidades brasileiras, sul-africanas e americanas, tendo, inclusive, a cidade do Rio de Janeiro sediada, no período de 3 a 7 de janeiro de 2005, sua 1ª Conferência Internacional<sup>323</sup>.

Um dos principais argumentos contrários, de que tal programa feriria a igualdade, pensamos, já estar bem respondido acima, mas, apenas para retomarmos a idéia, há de se trabalhar com o seu conceito no âmbito material, e a evolução dos direitos fundamentais e do Estado, hoje eleito pelo Constituinte de 88 como do tipo social-democrático, com o fundamento da dignidade da pessoa elegível como supraprincípio reitor. Outro, de que negros ricos poderiam se beneficiar do sistema. Para isso, aconselhamos que tais programas de ação afirmativa conjuguem o caráter social e racial, mas com primazia ao racial. Outro, de que os egressos das Universidades que entraram via sistema de cotas seriam menos preparados que os demais, também é facilmente combatido, senão porque nos vestibulares somente na fase classificatória é adotada a reserva de vagas, ou seja, se o Estado cumprisse seu papel constitucional no tocante à educação, todos os alunos que passassem pela fase eliminatória deveriam ingressar nos bancos acadêmicos<sup>324</sup>. E mais: durante o curso superior, não há diferenciação nas provas e no tratamento dado aos cotistas para efeitos de avaliação, ou seja, o

---

<sup>322</sup> FREIRE, Nilcéia. A experiência da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj) na implantação de cotas para ingresso na universidade. In: PEIXOTO, Maria do Carmo de Lacerda. **Universidade e democracia: experiências e alternativas para a ampliação do acesso à universidade pública brasileira**. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2004, p. 75.

<sup>323</sup> FERES JÚNIOR, João e ZONINSEIN Jonas (Orgs.). **Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas**. Brasília: Ed. da UnB, 2006, p. 9.

<sup>324</sup> O problema é tão grave e retrata tanto a desigualdade na competição pela classificação que dos 40 estudantes negros aprovados na fase eliminatória do vestibular da UFBA de 2001 para Medicina, somente quatro conseguiram se classificar para ingressar no Curso, tendo os outros doze, apesar de aprovados, não se classificado no sistema pré-cotas. Cfme. CARVALHO, José Jorge de. **Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior**. São Paulo: Attar, 2005, p. 52.

profissional que sai do 3º Grau teve a mesma exigência feita, quer cotista ou não. Por fim, deve ser ressaltado que toda a sociedade será beneficiada com a adoção das ações afirmativas para o ingresso dos negros na Universidade, utilizando-se ou não do sistema de cotas, a qual, particularmente, temos por necessária, tendo em vista que a diversidade que será produzida no meio universitário engrandecerá a todos, com o debate de temas jamais sentidos na Academia. Nas palavras de CARVALHO, sobre o primeiro vestibular federal adotando o sistema de cotas no Brasil, o da Universidade de Brasília<sup>325</sup>:

Será dada à UnB uma oportunidade de ser mais uma vez vanguarda na abertura de novos temas de estudos e de uma ampliação das abordagens já estabelecidas. Isso configurará evidentemente um grande desafio para professores e alunos que, uma vez enfrentado, implicará num ganho imenso para todos... Ou seja, junto com a presença física desses alunos entrará também um olhar não-branco sobre inúmeras dimensões do conhecimento humano que reproduzimos na UnB sob uma ótica predominantemente européia... Temos que apostar na formação de uma geração verdadeiramente mista do ponto de vista étnico e racial para consolidar novas políticas públicas que revertam o ciclo de segregação atualmente instalado no Brasil e que possam servir de exemplo sincero, e não meramente ideológico, de uma democracia racial.

E, nessa campanha à comunidade, levantamentos estatísticos periódicos sobre o desempenho dos cotistas devem ser apresentados. A propósito, RIOS noticia que os reitores das Universidades norte-americanas de Princeton e de Harvard desenvolveram uma pesquisa detalhada por mais de 20 anos, acompanhando a vida acadêmica de mais de 45.000 estudantes negros beneficiados pelo sistema de ações afirmativas. E a conclusão foi a de que, na sua grande maioria, os alunos obtiveram desempenho acadêmico e profissional compatíveis com o grau de excelência das instituições de ensino pesquisadas<sup>326</sup>.

Ao final deste capítulo, não podemos fugir à reflexão de que a comunidade acadêmica não é só composta por seu corpo discente. A diversificação tão buscada nos programas de ação afirmativa, nesse diapasão, só será plenamente atingida quando as Universidades, valendo-se de sua autonomia constitucional, proverem os cargos de professores e técnico-administrativos também com reserva de vagas para os negros, hoje minoritariamente por eles ocupados<sup>327</sup>. De passagem, diga-se que a entrada em vigor do Estatuto da igualdade racial em muito ajudará neste intento.

<sup>325</sup> CARVALHO, José Jorge de. **Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior**. São Paulo: Attar, 2005, p. 48-49.

<sup>326</sup> RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e o direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e as ações afirmativas no direito constitucional estadunidense**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004, p. 225.

<sup>327</sup> RUSSEL, Paulette Granberry. Ação afirmativa e iniciativas de promoção da diversidade. In: FERES JÚNIOR, João e ZONINSEIN Jonas (Orgs.). **Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas**. Brasília: Ed. da UnB, 2006, p. 202-226.

### 6.3 Experiências envolvendo o setor não-governamental no Brasil

Simplesmente a título de notícia, neste âmbito, desde o início da década de 90, a sociedade civil tem colaborado para a inserção do negro via ações afirmativas raciais. Dentre os programas, destacam-se o de redes de pré-vestibulares comunitários, mantidos pela Educação e Cidadania de Afro-descendentes e carentes (Educafro) e o Pré-vestibular para negros e carentes (PVNC). Também, diversas empresas estão investindo na promoção da igualdade racial, dentre elas maciçamente a Fundação Ford<sup>328</sup>. De igual forma, a Fundação Bank Boston, em parceria com o Instituto da mulher negra - GELEDÉS, promove o projeto geração XXI, o qual beneficia 21 jovens negros com preparação para o ingresso na Universidade, o que tem feito com muito êxito<sup>329</sup>.

Na seara universitária privada, podemos citar vários exemplos, dentre eles o caso da Rede Metodista de Educação do SUL - IPA, no Rio Grande do Sul, o qual deve ser repetido por todas Instituições privadas, dado que, na sua maioria, com título de filantropia. Nele, são concedidas bolsas integrais, sendo metade delas para casos individuais, e a outra metade para demandas coletivas. Nesse último caso, é previsto o custeio do curso quando solicitada por uma organização comunitária ou movimento social, do qual pertençam pessoas socialmente excluídas, a exemplo dos negros<sup>330</sup>.

À guisa de parceria público-privada, não poderíamos deixar, por fim, de mencionar o Programa Universidade para todos - PROUNI, instituído pela MP nº 213/2004 e institucionalizado via lei nº 11.096/05, o qual consiste em concessão de bolsas parciais e integrais para o custeio do ensino universitário em instituições privadas de ensino. Aqui, o elemento a se destacar é que os cidadãos afrodescendentes recebem o equivalente à sua participação na população de determinada unidade da federação. Mas, mesmos estes beneficiados, têm de se enquadrar nos demais requisitos do programa, dentre eles, a prestação do Exame Nacional do ensino médio - ENEM e terem renda pessoal limitada.

---

<sup>328</sup> HERINGER, Rosana. Políticas de promoção da igualdade racial no Brasil. In: FERES JÚNIOR, João e ZONINSEIN Jonas (Orgs.). **Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas**. Brasília: Ed. da UnB, 2006, p. 79-109.

<sup>329</sup> SILVA, Cidinha da, et al. **Ações afirmativas em educação: experiências brasileiras**. São Paulo: Summus, 2003 (2), p. 18.

<sup>330</sup> Cfme. Portaria nº 01/2005 - IPA e Regulamento de bolsa de estudo de carência. Fonte: <[http://www.ipametodista.edu.br/institucional/redeipa/rede\\_regimento.php?menu=comp](http://www.ipametodista.edu.br/institucional/redeipa/rede_regimento.php?menu=comp)>. Acesso em: 07. fev. 2007.

## 7 CONCLUSÕES

Sem pretensão de, nas breves linhas abaixo, resumir todo o trabalho acima, apresentaremos algumas breves reflexões, as quais nos servem de respostas às dúvidas que tínhamos, quando do nosso primeiro enfrentamento com o tema, na tentativa, enquanto Procurador Federal, ao final exitosa, de convencimento dos Desembargadores Federais do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no sentido da manutenção do vestibular com as cotas raciais e sociais da Universidade Federal do Paraná nos idos de 2005.

Sobremaneira, tratarmos de ações afirmativas, e, especificamente de cotas, nos remete ao tema da igualdade. E igualdade essa que nos é ditada pelo art. 3º da nossa CRFB vigente no seu sentido material, e vinculativo ao Estado, quer na sua função legislativa, executiva, esta notadamente sob a prática da autonomia universitária, quer na sua função judicial supridora das omissões para a consecução da realização do direito fundamental da igualdade material, no sentido de lhe fazer promover, ativamente, as políticas públicas necessárias ao atingimento dos objetivos lá traçados, notadamente, reforçamos, o perseguido no inc. IV do seu art. 3º. E, tratando da seara constitucional, não devemos nos esquecer de seus princípios interpretativos, quais sejam, os da generalidade, o da abstração e o da vinculatividade. Toda essa análise sob os auspícios da regra da proporcionalidade e suas três sub-regras, caso a caso, deve ser fundamentada sobejamente. Essa correlação entre a igualdade material, a colisão entre os princípios, a proporcionalidade e as normas de ordenamento de tratamento desigual é muito bem expostas por ALEXY.

Assim, pois, respondemos à plena constitucionalidade das políticas de cotas para o acesso dos negros à Universidade, sobremaneira pela igualação material que, em nenhum momento, elimina a competição para o seu acesso na maioria das vagas sob concurso, o que, se ocorresse, levaria à inconstitucionalidade de tal medida pela sub-regra da proporcionalidade estrito senso, pois estaria eliminando o mérito individual, repise-se, o que não se deseja, senão o agregar a outro fator de reconhecimento, no caso, o mérito do percurso dos negros numa sociedade tão hostil à sua existência.

Claro é que, sem perdermos o foco nas estatísticas que relegam ao negro o estresse racial, além do estresse social, não podemos permitir a inclusão nessa política daqueles que não são alijados economicamente da sociedade, o que, se não observado, levaria à inadequação da política de cotas, dado que estariam sendo beneficiados aqueles negros que já detêm condições econômicas de competir em pé de igualdade com os demais. Daí, o estabelecimento de cotas raciais, com pré-qualificação social, é fundamental para que a

política não beneficie quem, de uma maneira ou outra, ainda que pela exceção, já tem os privilégios sociais advindos da renda. Veja-se que essa condição é um aprimoramento do modelo estadunidense, no qual, por ter a comunidade negra o sofrimento da discriminação de origem, é bastante ao abarcar o critério racial, diferentemente do nosso caso, onde se pratica a discriminação de marca, na qual, em não havendo uma institucionalização formal de tal prática por parte do Estado, permite uma maior mobilidade social dos negros em termos econômicos, comparativamente à realidade lá existente. Assim sendo, necessário se faz a conjugação, para nós, do critério raça no sentido político-cultural da discriminação, não genético, com a condição econômico-social dos beneficiários de tais programas de políticas públicas afirmativas. O que não podemos é desconsiderar a extrema necessidade de ações de cunho afirmativo, e na sua modalidade mais radical, qual seja, as cotas raciais, que incluam os negros na Universidade, dada a extrema desproporção estatística entre sua participação na população total e na comunidade acadêmica.

Sucintamente, a leitura do princípio da igualdade, que deve ser feita do texto da CRFB, sob o viés material, a ponderação através da regra de interpretação da proporcionalidade, nas suas três sub-regras, conforme já analisadas no corpo do presente trabalho, e a vinculatividade dos princípios constitucionais levam-nos a crer que a política de cotas raciais para o acesso dos negros à Universidade, igualando juridicamente, ou, ao menos diminuindo a desigualdade fática, é um meio legítimo sociológica e juridicamente apropriado para o alcance da igualdade material e da realização do supraprincípio da dignidade humana. E considere-se que a própria Constituição, ordenando tal comportamento ativo, dá legitimidade às Universidades para que, no exercício de sua autonomia didático-científica, possam melhor decidir pelo sistema de ingresso que efetive ao máximo o propósito constitucional de verdadeira igualação, esta sob uma leitura material, notadamente assentado no inc. IV do seu art. 3º.

Também, pelo respeito à proporcionalidade, pelo seu viés da necessidade, tenhamos presente que se uma medida de choque, como a política de cotas, não for adotada, o tempo necessário para que essas melhores condições de competitividade sejam fornecidas aos negros via melhoria dos ensinos de 1º e 2º graus será por demais longo, não condizendo, pois, com o objetivo insculpido no art. 3º pelo constituinte de 88. E, quanto ao sopesamento entre a escolha pela perda da igualdade formal em nome da substancial, ínsito à sub-regra da proporcionalidade no sentido estrito, pensamos que o Estado democrático de direito, o supraprincípio da dignidade humana e a ordem dada pelo constituinte de 88 são princípios que devem prevalecer, mas nunca excluir o mérito individual, havendo necessidade de, em

qualquer programa, a maioria das vagas estarem abertas à livre concorrência. Com isso, os programas de ação afirmativa na área educacional dão as condições adequadas, outra sub-regra da proporcionalidade, para que grupos minoritários adentrem na sociedade detentora do poder pela porta da frente, ou seja, com investimento em educação, sem terem de se socorrer de expedientes assistencialistas, dos quais podem se valer governantes de plantão na busca de votos.

Abaixo, como fecho, trazemos algumas conclusões, certamente de vozes muito mais abalizadas do que a nossa, às quais, permanentemente, devemos nos ater quando estivermos pensando nas políticas de ação afirmativa para o acesso dos negros às Universidades.

Neste diapasão, não há vítimas inocentes com direitos violados, mas sim benefícios indevidos decorrentes do racismo.<sup>331</sup>

De qualquer forma e como contraponto a essa tendência, o reconhecimento de que os esforços pela construção de uma sociedade igualitária deve pautar-se pelo respeito e valorização das diferenças individuais e culturais é uma marca indelével do Estado democrático de direito.<sup>332</sup>

Basta que concordemos com o diagnóstico de que o racismo, ou a discriminação racial, existe e opera produzindo um grau razoável de desigualdades; de que as políticas públicas de natureza exclusivamente universal não têm contribuído efetivamente para diminuir essas desigualdades; e que a legislação antidiscriminação, de natureza meramente reativa, não é eficaz, para concluirmos, dentro desse paradigma, que medidas especiais de promoção daqueles que sofrem tal discriminação podem ser necessárias. Foi exatamente isso que os democratas norte-americanos do início da década de 1960 fizeram.<sup>333</sup>

Salvo engano, é certo que a Constituição de 1988, implícita e explicitamente, não apenas admitiu como prescreveu discriminações, a exemplo da proteção do mercado de trabalho da mulher (artigo 7º, XX) e da previsão de cotas para portadores de deficiência (artigo 37, VIII), donde se conclui que a noção de igualdade circunscrita ao significado estrito de não-discriminação foi contrapesada com uma nova modalidade de discriminação, visto como, sob o ângulo material, substancial, o princípio da igualdade admite sim a discriminação, desde que o *discrimen* seja empregado com a finalidade de promover a igualização.<sup>334</sup>

Dentro do objetivo geral da igualdade social, a maior representatividade das minorias em profissões como a advocacia e a medicina é desejável por várias razões. Os membros de grupos minoritários são os mais propensos a trabalhar junto aos seus iguais do que os que vêm dos grupos étnicos dominantes, e isso pode ajudar a superar a escassez de médicos e advogados que se verifica nas comunidades pobres, onde vive a maior parte dos membros das minorias menos favorecidas. Eles também podem compreender os problemas dos pobres melhor que os que provêm de famílias abastadas. Médicas e advogadas, bem como estes profissionais oriundos de minorias, podem servir de modelo para outros membros de grupos minoritários e para as mulheres, rompendo as barreiras mentais inconscientes contra a aspiração ao exercício de tais profissões. Por fim, a existência de grupos diferentes de estudantes

<sup>331</sup> RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e o direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e as ações afirmativas no direito constitucional estadunidense**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004, p. 214.

<sup>332</sup> RIBEIRO, Guilherme Wagner. Os paradigmas constitucionais, o princípio da igualdade e o direito à educação. **Revista de Informação Legislativa**, ano 37, n. 148, out./dez., 2000, p. 256.

<sup>333</sup> FERES JÚNIOR, João. Aspectos normativos e legais das políticas de ação afirmativa. In: FERES JÚNIOR, João e ZONINSEIN Jonas (Orgs.). **Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas**. Brasília: Ed. da UnB, 2006, p. 46-62.

<sup>334</sup> SILVA JÚNIOR, Hédio. **Direito de igualdade racial: aspectos constitucionais, civis e penais: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 112.



ajudará os membros do grupo étnico dominante a aprender mais sobre as atitudes dos afro-americanos e das mulheres, o que lhes dará melhores condições de servir a comunidade enquanto médicos e advogados.<sup>335</sup>

Atendidos estes pressupostos, as medidas de ação afirmativa no campo étnico-racial são absolutamente compatíveis com a Constituição. Mais do que isso, elas são um caminho necessário para a inclusão dos afrodescendentes no país, que deve ser trilhado com energia e esperança.<sup>336</sup>

Invertemos assim um argumento muito comum: muitos adversários das cotas alegam que elas destruirão a concorrência leal que caracteriza o mundo acadêmico; na verdade, serão as cotas que permitirão uma verdadeira concorrência que ainda não temos.<sup>337</sup>

Se os juízes reconhecerem esse aspecto do que nossas melhores universidades pretendem fazer, bem como sua necessidade acadêmica de diversidade educacional, eles nos terão servido especialmente bem. Terão agido, não só como juízes que permitiram a continuidade de uma iniciativa educacional essencial, mas também como professores que ajudaram a explicar à nação o verdadeiro e duradouro preço, para todos, de nosso passado racista, e a promessa nítida de uma política educacional que possa nos ajudar a alcançar, caso realmente o queiramos, uma união mais perfeita.<sup>338</sup>

Para solucionar esse tipo de dificuldade, já se propôs, na doutrina alemã, estabelecer a distinção entre o critério de diferenciação (*Differenzierungskriterium*) e o objetivo da diferenciação (*Differenzierungsziel*). Ao lado de casos ou critérios explícitos em que a discriminação é proibida, a Constituição estaria implicitamente admitindo outros, que aos primeiros se assimilam. Mas, por outro lado, desde que uma desigualdade de tratamento jurídico possa ser justificada por um objetivo de interesse público, não haveria quebra do princípio da isonomia.<sup>339</sup>

Nesse cenário sócio-político e econômico, não seria verdadeiramente democrática a leitura superficial e preconceituosa da Constituição, nem seria verdadeiramente cidadão o leitor que não lhe rebuscasse a alma, apregoando o discurso fácil dos igualados superiormente em nossa história feita pelas mãos calejadas dos discriminados.<sup>340</sup>

O Brasil está muito longe de ser um país onde todos sejam iguais. Os círculos fechados da elite precisam ser quebrados e por eu não criar a médio prazo espaços intelectuais, econômicos e políticos menos homogêneos racionalmente.<sup>341</sup>

É possível, no sistema jurídico vigente, a adoção de políticas afirmativas de Estado que estabeleçam o tratamento diferenciado a determinados grupos, com o intuito de diminuir eventuais desigualdades sociais evidentes em uma situação específica, como ocorre, por exemplo, com a adoção recente de quotas para afro-descendentes na aplicação de exames para o ingresso em algumas universidades brasileiras ou a criação das zonas francas, que dispõem de isenções de impostos, com o intuito de fomentar a industrialização e a criação de empregos em uma determinada região, como ocorre em Manaus.<sup>342</sup>

<sup>335</sup> SINGER, Peter. **Ética prática**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 56.

<sup>336</sup> SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 166.

<sup>337</sup> CARVALHO, José Jorge de. **Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior**. São Paulo: Attar, 2005, p. 172.

<sup>338</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 607.

<sup>339</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Igualdades, Desigualdades. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 76.

<sup>340</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa - o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 15, 1996, p. 99.

<sup>341</sup> Justificação legislativa apresentada pelo Senador Paulo Paim, PT-RS, ao Projeto de lei nº 213/03, que institui o Estatuto da Igualdade Racial.

<sup>342</sup> Excerto da Ementa do ROAA nº 560/2004-000-08-00, do TST, publicado no DJU de 07/10/2005, no qual, em processo em que era discutida a reserva de vagas para trabalhadores de uma região. O Tribunal pontuou a constitucionalidade da política de cotas, inclusive tecendo comentário sobre as ações afirmativas na área educacional.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARAÚJO, Tereza Cristina N. **A classificação de “cor” nas pesquisas do IBGE: notas para uma discussão**. São Paulo: Caderno de Pesquisa, n. 63, nov., 1987.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. 3. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1992.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo. Malheiros. 2005.

BARCELOS, Luís Carlos. **Em Educação e Desigualdades raciais no Brasil**. São Paulo: Caderno Pesquisa, n. 86, 1993.

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

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro; GANDRA MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, Vol. 2, 1989.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. **Ação afirmativa e os princípios do Direito. A questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BENTO, Maria Aparecida Silva, et al. **Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 5. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRUST, Léo. A Constituição deve constituir. **Direito e Democracia**. Vol. 5, n. 1, p. 29-48. 1<sup>o</sup> sem. 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMPILONGO, Celso. **Direito e democracia**. São Paulo, Max Limonad, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CARVALHO, José Jorge de. **Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior**. São Paulo: Attar, 2005.

CARVALHO, José Jorge; SEGATO, Rita Laura. **Plano de metas para integração social, étnica e racial da UnB**. 2003. (no prelo - consultado nos arquivos do Instituto Nzinga de Capoeira Angola, setembro).

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAVALLEIRO, Eliane dos Santos. **Do silêncio do lar ao silêncio escolar: racismo, preconceito e discriminação na educação infantil**. São Paulo: Contexto, 2000.

CITADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos de filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CLÉVE, Clemerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: **Uma vida dedicada ao Direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**. São Paulo: RT, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito e Poder**. São Paulo: Saraiva, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. Igualdades, Desigualdades. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 1, 1996, p. 69-78.

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.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do Direito Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A Reconstrução do Direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DANTAS, F. C. San Tiago. Igualdade perante a lei e due process of law: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. **Revista Forense**, vol. 116, Rio de Janeiro, 1948.

\_\_\_\_\_. Igualdade perante a lei. In: **Problemas de Direito positivo**. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

DOWRKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERES JÚNIOR, João e ZONINSEIN Jonas (Orgs.). **Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas**. Brasília: Ed. da UnB, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional - de acordo com a Constituição de 1988**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIGUEIRA, Vera Moreira. **Preconceito racial na escola**. Cadernos Cândido Mendes - Estudos afro-asiáticos, n. 18, p. 63-73, maio, 1990.

FISCUS, Ronald. **The constitutional logic of affirmative action**. Durham: Duke University Press, 1992.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento: dilemas da justiça na era pós-socialista. Tradução Márcia Prates. In: Jessé Souza (Org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Ed. da UnB, 2001.

FRY, Peter, Yvonne Maggie, MAIO, Marcos Chor, MONTEIRO, Simone e SANTOS, Ricardo Ventura (Orgs.). **Divisões perigosas: políticas raciais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 10. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1970.

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

GALUPPO, Marcelo Campos e BASILE, Rafael Faria. **O princípio jurídico da igualdade e a ação afirmativa étnico-racial no Estado Democrático de Direito: o problema das cotas**. Revista de Informação Legislativa, ano 43, n. 172, out./dez., 2006, p.99-108.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Discriminação racial e princípio constitucional da igualdade. **Revista de informação legislativa**. Ano 36, n. 142, p. 307-323, abr./jun., 1999.

\_\_\_\_\_. **Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em direito constitucional e internacional**. Rio de Janeiro, 2000.

\_\_\_\_\_. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Raças e os estudos de relações raciais no Brasil**. São Paulo: Novo Estudos Cebrap, n. 54, p. 147-156, jul., 1999.

\_\_\_\_\_. **Racismo e anti-racismo no Brasil**. São Paulo: Ed. 34, 1999.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler.

HASEMBALG, Carlos A. **Discriminação e desigualdades raciais no Brasil**, Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 20.

\_\_\_\_\_. **Desigualdades sociais e oportunidade educacional: a produção do fracasso**. São Paulo: Caderno Pesquisa, n. 63, 1987.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 2. ed. Petrópolis, Vozes, 1988.

HENRIQUES, Ricardo. **Raça e gênero nos sistemas de ensino: os limites das políticas universalistas na educação**. Brasília: Unesco, 2002.

\_\_\_\_\_. Silêncio - o canto da desigualdade racial. In: Organização Ashoka empreendimentos sociais e Takano Cidadania. **Racismos contemporâneos**. Rio de Janeiro: Takano, 2003.

HERMIDA AVEIRO, Jorge Fernando. A política de ações afirmativas (PAA) e a inclusão educacional das Universidades brasileiras. **Revista de Ciências da Educação Americana**. São Paulo. N. 10, 2004, p. 297-323.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1991.

\_\_\_\_\_. **Elementos do direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

KAMEL, Ali. **Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KRELL, Andréas Joachim. “Realização dos Direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos”. **Anuário dos Cursos de pós-graduação em Direito**, n. 10, Recife: Ed. da UFPE, 2000.

LAURENCE III, Charles R. The id, the ego, and equal protection: reckoning with unconscious racism. In: GARVEY, John.; ALEINIKOFF, Alexander. **Modern constitutional theory: a reader**. 4. ed. St. Paul: West group, 1999.

LUNO, Antonio-Enrique Pérez. **Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica**. Madrid: Tecnos, 1997.

LLORENTE, Francisco Rubio. **Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)**. Barcelona: Ariel, 1995.

MARTINS, Ives Gandra. Da Silva (Org.). **Ótica constitucional - A igualdade e as ações afirmativas. As vertentes do direito constitucional contemporâneo**. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MELLO, Marco Aurélio de. **A igualdade e as ações afirmativas**. Cidadania e Justiça, 2. semestre de 2002, p. 95-102.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, 2. tiragem.

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

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MUNANGA, Kabengele. Políticas de Ação Afirmativa em benefício da população negra no Brasil - Um ponto de vista em defesa das cotas. **Revista Espaço Acadêmico**, Maringá, n. 22, Ano II, mar., 2003. Disponível em <<http://www.espacoacademico.com.br>>. Acesso em: 18. fev. 2004, p. 1.

NOGUEIRA, Oracy. **Tanto preto quanto branco: estudos de relações raciais**. São Paulo: T. A Queiroz, 1985.

OLIVEIRA, Iolanda de et al. **Negro e Educação - Identidade negra - pesquisas sobre o negro e a educação no Brasil**. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

ORWELL, George. **A Revolução dos bichos**. Trad. Heitor Aquino Ferreira. 2. ed. São Paulo: Globo, 2. reimpressão, 2001.

OST, François. **O tempo do Direito**. Lisboa: Piaget, 1999.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. **Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General**. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

PEDROSA, M. A. F. ; FERREIRA, L. B. ; OLIVEIRA, S. F. Anemia falciforme em antigos quilombos. **Ciência Hoje**, Rio de Janeiro, v. 35, n. 211, p. 84-85, 2004.

PEIXOTO, Maria do Carmo de Lacerda. **Universidade e democracia: experiências e alternativas para a ampliação do acesso à universidade pública brasileira**. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2004.

PINHO, Diva Benevides et al. **Manual de Economia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

PULIDO, Carlos Bernal. **El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana**. Disponível em <<http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/nodiscriminacion/BERNAL.PDF>>. Acesso em: 28. ago. 2006.

QUEIROZ, Delcele Mascarenhas. O vestibular e as desigualdades raciais. In: OLIVEIRA, Iolanda de, et al. **Negro e Educação - Identidade negra - pesquisas sobre o negro e a educação no Brasil**. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

RIBEIRO, Guilherme Wagner. Os paradigmas constitucionais, o princípio da igualdade e o direito à educação. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 37, n. 148, out./dez., 2000, p. 251-257.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e o direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e as ações afirmativas no direito constitucional estadunidense**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.



\_\_\_\_\_. Ações afirmativas no Direito Constitucional brasileiro: reflexões a partir de debate constitucional estadunidense. **Anuário 2004/2005 Ajuris - Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Vol. I, tomo I, 2005, p. 281-302.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa - o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista trimestral de Direito Público**, n. 15, 1996, p. 85-99.

ROSEMBERG, Fulvia. **Relações raciais e rendimento escolar**. São Paulo: Caderno Pesquisa, n. 63, 1987.

RUIZ, Maria Tereza. **Racismo: algo más que discriminación**. San José da Costa Rica: Colección Análise, 1998.

SAMPAIO, José Adércio Leite e SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Orgs.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas**. Porto Alegre: SAFE, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

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

\_\_\_\_\_. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Cidinha da, et. al. **Ações afirmativas em educação: experiências brasileiras**. São Paulo: Summus, 2003.

SILVA, Hédio. **Direito de igualdade racial: aspectos constitucionais, civis e penais: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. Estudo sociojurídico relativo à implementação de política de ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil: aspectos legislativo, doutrinário, jurisprudencial e comparado. **Ministério da Educação - Brasil**. Disponível em

<<http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/estudosociojuridico.pdf>>. Acesso em: 06. jun. 2006.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. Ano 91, volume 798, abr./2002, p. 23-50.

SINGER, Peter. **Ética prática**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

STEIL, Carlos Alberto (Org.). **Cotas raciais na Universidade: um debate**. Porto Alegre: Ed. da UFRGS, 2006.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. Teoria da Constituição e jurisdição constitucional. [www.trf4.gov.br](http://www.trf4.gov.br). Disponível em <[http://www.trf4.gov.br/trf4/upload/arquivos/emagis\\_prog\\_cursos/ccp5-lenio.pdf](http://www.trf4.gov.br/trf4/upload/arquivos/emagis_prog_cursos/ccp5-lenio.pdf)>. Acesso em: 21. maio 2006.

TUSHNET, Mark. Regras da Corte Suprema norte-americana sobre ação afirmativa. **Anuário 2004/2005 Ajuris - Jurisdição e Direitos fundamentais**. Vol. I, tomo I, 2005, p. 303-320.

VARGAS, João H. Costa. Apartheid brasileiro: raça e segregação residencial no Rio de Janeiro. **Rev. Antropol.**, São Paulo, v. 48, n. 1, 2005. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-77012005000100003&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-77012005000100003&lng=es&nrm=iso)>. Acesso em: 21. nov. 2006. doi: 10.1590/S0034-77012005000100003.

VIGO, Rodolfo Luís. **Interpretación constitucional**. 2. ed. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 2004.

ZANITELLI, Leandro Martins. Acesso à Universidade, cotas para negros e o prometo de lei nº 3627/2004. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 42, n. 168, out./dez., 2005, p.121-136.

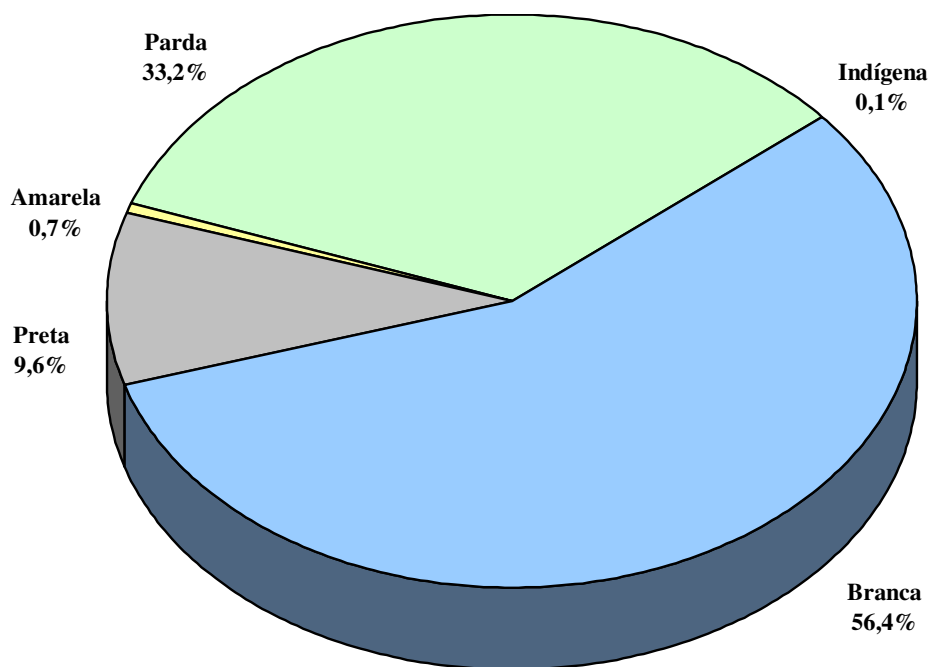
## ANEXO A

**PME Cor ou Raça - Setembro de 2006<sup>343</sup>**  
**IBGE divulga estudo especial da PME sobre Cor ou Raça**

População declaradamente preta e parda tem menos escolaridade e um rendimento médio equivalente à metade do recebido pela população branca, na média das seis regiões metropolitanas investigadas pela Pesquisa Mensal de Emprego do IBGE. Já a taxa de desocupação dos pretos e pardos (11,8%) é superior à dos brancos (8,6%).

Em setembro de 2006, a população declaradamente preta ou parda representava 42,8% das 39,8 milhões de pessoas com 10 anos ou mais de idade nas seis regiões metropolitanas investigadas pela Pesquisa Mensal de Emprego (São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Salvador, Recife e Porto Alegre). A PME segue o sistema de classificação de cor ou raça adotado pelas pesquisas domiciliares do IBGE, no qual o informante escolhe uma entre cinco opções: branca, preta, parda, amarela ou indígena.

**GRÁFICO 1 - Distribuição da população em idade ativa por cor ou raça - setembro de 2006<sup>344</sup>.**

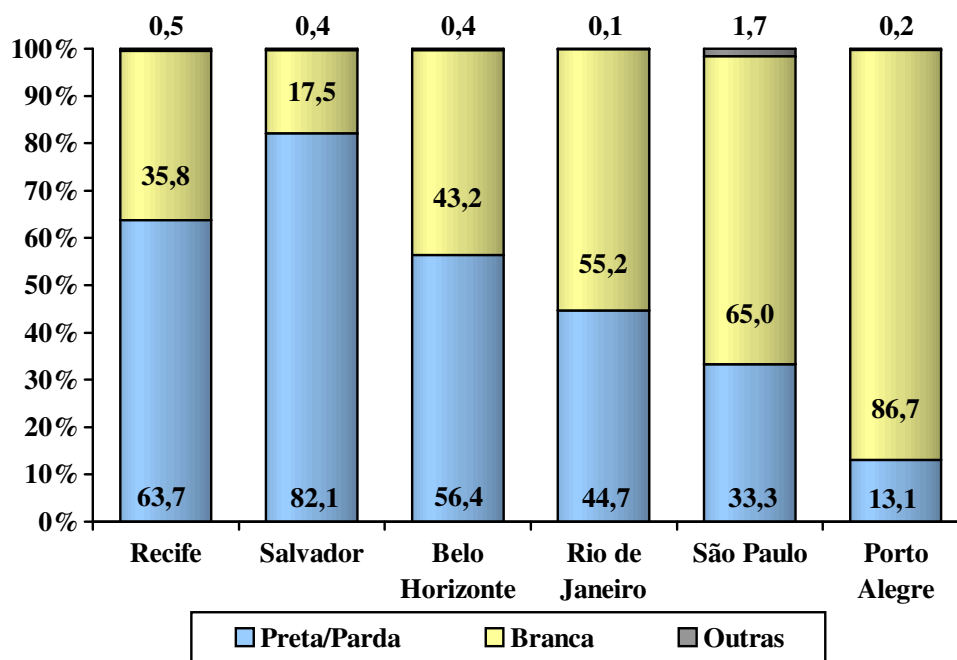


<sup>343</sup> Disponível em <[http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_impressao.php?id\\_noticia=737](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impressao.php?id_noticia=737)>. Acesso em: 28. nov. 2006.

<sup>344</sup> Fonte: IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego.

As populações amarela e indígena representavam, juntas, apenas 0,8% do total de pessoas com 10 anos ou mais de idade para o agregado das seis regiões metropolitanas. Por serem tão pouco representativas, não foram feitas afirmações sobre elas. As populações preta e parda foram agregadas num só grupo, que representava 42,8% da população em idade ativa, enquanto os brancos correspondiam a 56,5%. Salvador apresentou a maior proporção de pretos e pardos (82,1%) e Porto Alegre a menor (13,1%), como mostra o gráfico abaixo.

**GRÁFICO 2 - Distribuição da PIA por cor ou raça segundo a RM - Setembro de 2006<sup>345</sup>.**



#### **Escolaridade dos pretos e pardos é menor que a dos brancos**

Há desigualdade também nos indicadores educacionais. A população em idade ativa preta e parda tinha 7,1 anos de estudo, em média, e era menos escolarizada que a população branca (8,7 anos de estudo, em média). Foi apurado, também, que 6,7% das pessoas pretas e pardas com 10 a 17 anos de idade não freqüentavam escola, contra 4,7% dos brancos. E enquanto 25,5% dos brancos com mais de 18 anos freqüentavam ou já haviam freqüentado curso superior, o percentual era de apenas 8,2% para os pretos e pardos. Mas houve alguma

<sup>345</sup> Fonte: IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego.

evolução neste indicador: em setembro de 2002, apenas 6,7% dos pretos e pardos freqüentavam ou já haviam freqüentado curso superior.

Em Salvador, onde os brancos e os pretos e pardos apresentaram as maiores médias de anos de estudo, observou-se o maior diferencial: 2,4 anos de estudo a mais para os brancos. Em média, os brancos atingiam o ensino médio e os pretos e pardos sequer concluíam o fundamental.

**TABELA 1 - Escolaridade média segundo a cor ou raça - setembro de 2006<sup>346</sup>.**

	TOTAL	Recife	Salvador	Belo Horizonte	Rio de Janeiro	São Paulo	Porto Alegre
TOTAL	8,0	7,5	8,1	7,9	8,1	8,1	8,0
Preta/Parda	7,1	6,9	7,7	7,0	7,0	7,0	6,8
Branca	8,7	8,6	10,1	9,0	9,0	8,6	8,2

Ainda em relação à educação, verificou-se que 20,1% dos pretos e pardos com 10 anos ou mais de idade tinham algum curso de qualificação profissional, enquanto na população branca este percentual subia para 25,3%. Este indicador cresceu significativamente, pois em 2002 as proporções eram de 13,2% (para pretos e pardos) e 16,5% (para brancos). As diferenças regionais mais evidentes foram em São Paulo (onde 28,5% das pessoas brancas tinham curso de qualificação profissional, contra 20,0% dos pretos e pardos) e em Belo Horizonte (35,8% e 28,2%, respectivamente).

**Em quatro regiões metropolitanas,  
*pretos e pardos predominam entre os que procuram trabalho***

Embora a soma de pretos e pardos representasse menos da metade (42,8%) da população em idade ativa (PIA), eles eram maioria (50,8%) na população desocupada. A inserção desigual no mercado de trabalho também é demonstrada comparando-se a taxa de desocupação dos pretos e pardos (11,8%) com a dos brancos (8,6%).

<sup>346</sup> Fonte: IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego.

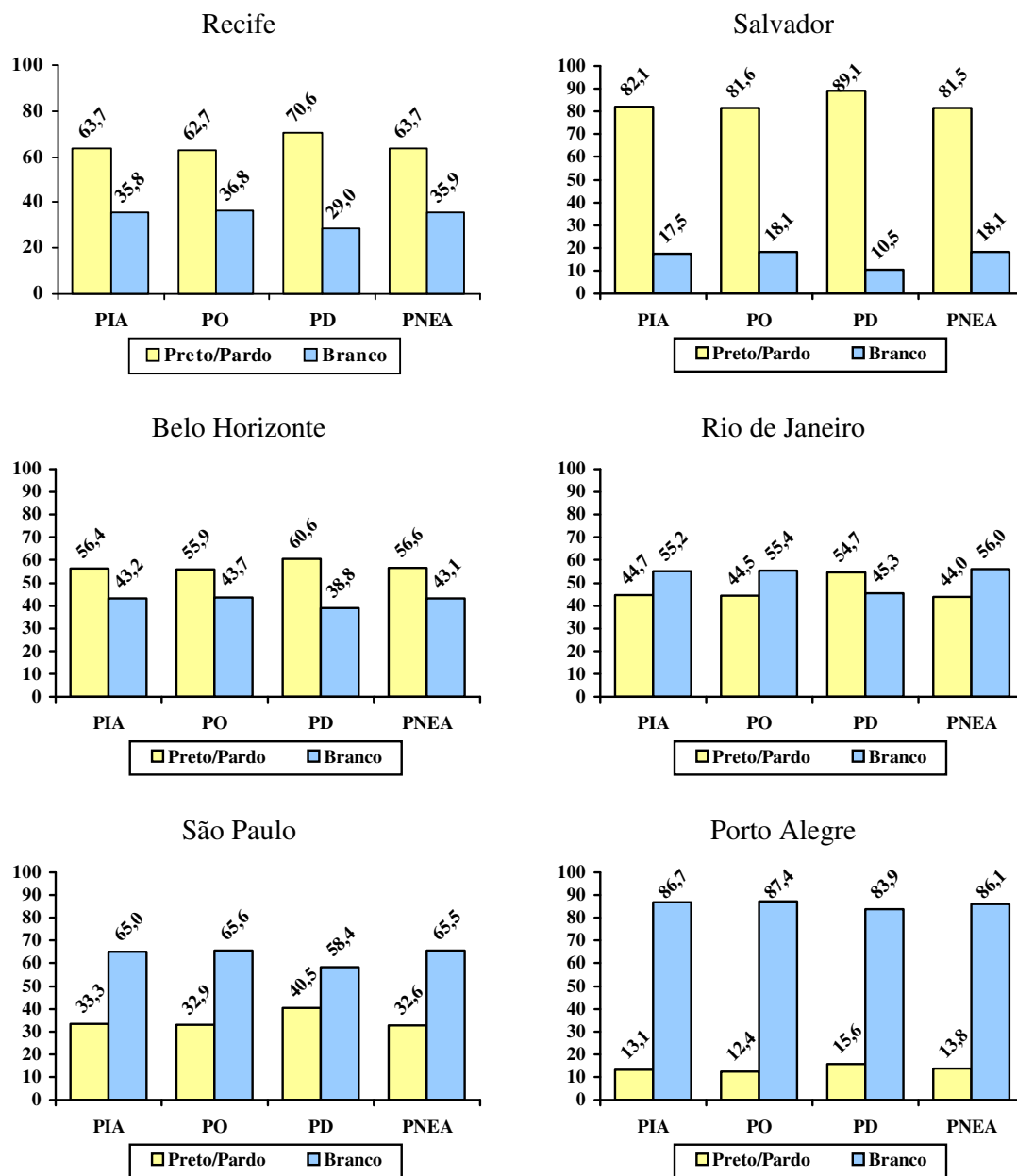
**TABELA 2 - Distribuição da população segundo a condição de atividade por cor ou raça setembro de 2006 (em mil pessoas)<sup>347</sup>.**

	2002	2003	2004	2005	2006
PIA	36.642	37.374	38.138	38.973	39.754
Preta/Parda	42,6	41,6	43,4	44,4	42,7
Branca	56,5	57,4	55,8	54,6	56,5
OCUPADOS	18.111	18.921	19.625	20.072	20.699
Preta/Parda	41,6	40,2	42,1	43,2	41,9
Branca	57,6	58,8	57,0	55,9	57,3
DESOCUPADOS	2.349	2.814	2.400	2.140	2.292
Preta/Parda	49,5	48,8	53,3	54,9	50,8
Branca	50,1	50,5	46,2	44,6	48,6
PNEA	16.182	15.639	16.112	16.761	16.762
Preta/Parda	42,8	42,0	43,5	44,6	42,7
Branca	56,3	57,1	55,7	54,4	56,4
Taxa de Desocupação	11,5	12,9	10,9	9,6	10,0
Preta/Parda	13,4	15,3	13,4	11,9	11,8
Branca	10,1	11,3	9,0	7,8	8,6

Tanto em regiões onde pretos e pardos (Salvador e Recife) predominavam, como em regiões predominantemente brancas (Porto Alegre e São Paulo) a participação dos pretos e pardos entre os que buscavam uma ocupação era maior do que entre os ocupados e os inativos. Em Salvador, por exemplo, os pretos e pardos representavam 82,1% da PIA, 81,6% dos ocupados e 81,5% dos inativos, mas atingiam 89,1% dos desocupados, como mostra a figura abaixo<sup>1</sup>.

<sup>347</sup> Fonte: IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego.

**GRÁFICO 3 - Participação por raça em relação à população em idade ativa, à população ocupada, à população desempregada e à população não-economicamente ativa<sup>348</sup>.**



Em setembro de 2006, entre os empregados com carteira de trabalho assinada no setor privado (que têm maior proteção legal e melhores remunerações), 59,7% eram brancos e 39,8% pretos e pardos. A maior participação de brancos nesta categoria se justifica pela sua grande presença nas regiões metropolitanas com forte participação do emprego formal (São Paulo e Porto Alegre) onde, respectivamente, 44,9% e 44,2%, da população ocupada têm

<sup>348</sup> Fonte: IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego.

carteira de trabalho assinada. Salvador e Recife têm grande participação de pretos e pardos e participações de emprego formal relativamente menores: 35,2% e 32,1%, respectivamente.

A população branca também era maioria entre os empregados sem carteira assinada (54,5%) e os trabalhadores por conta própria (55,0%), mas os pretos e pardos correspondiam a 57,8% dos trabalhadores domésticos.

As regiões majoritariamente brancas, os trabalhadores brancos eram maioria em todas as categorias de ocupação, assim como nas regiões com maioria de pretos e pardos. Mesmo assim, os pretos e pardos predominavam entre os trabalhadores domésticos.

**TABELA 3 - Distribuição da população ocupada por cor ou raça, posição na ocupação e RM<sup>349</sup>.**

	TOTAL	Recife	Salvador	Belo Horizonte	Rio de Janeiro	São Paulo	Porto Alegre
<b>Empregados com carteira de trabalho assinada (no setor privado)</b>							
Preta/Parda	39,8	61,9	81,0	57,7	43,0	31,7	12,5
Branca	59,7	37,8	18,7	42,0	56,9	67,3	87,3
<b>Empregados sem carteira de trabalho assinada (no setor privado)</b>							
Preta/Parda	44,6	66,1	84,6	59,8	49,9	35,5	12,4
Branca	54,5	33,5	15,1	40,0	50,0	62,8	87,5
<b>Conta Própria</b>							
Preta/Parda	44,2	67,3	85,6	53,2	45,6	33,6	10,6
Branca	55,0	32,3	14,1	46,4	54,3	64,4	89,2
<b>Trabalhadores Domésticos</b>							
Preta/Parda	57,8	72,3	93,5	71,6	59,7	49,0	24,8
Branca	42,0	27,0	6,1*	27,9	40,2	51,0	74,2

\* Coeficiente de variação igual a 17,9.

Por grupamento de atividade, no total das seis regiões metropolitanas, a construção e os serviços domésticos foram os que mostraram predominância dos pretos e pardos, que eram 55,4% das pessoas ocupadas na construção e 57,8% das pessoas ocupadas nos serviços domésticos. O grupamento com a menor participação de pretos e pardos foi o de Serviços Prestados à Empresas e Intermediação Financeira, Atividades Imobiliárias, com 34,6%. Abaixo, tabela com as participações regionais.

<sup>349</sup> Fonte: IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego.



**TABELA 4 - Distribuição da população ocupada por cor ou raça, grupamento de atividade e RM<sup>350</sup>.**

	TOTAL	Recife	Salvador	Belo Horizonte	Rio de Janeiro	São Paulo	Porto Alegre
<i>Indústria extrativa e de transformação e produção e distribuição de eletricidade, gás e água</i>							
Preta/Parda	39,3	61,0	83,7	56,4	45,9	34,3	9,4
Branca	60,0	39,0	15,6	43,3	53,9	64,6	90,3
<i>Construção</i>							
Preta/Parda	55,4	77,5	88,4	68,8	58,2	46,3	21,0
Branca	44,1	22,2	11,6*	31,0	41,8	52,6	79,0
<i>Comércio, Reparação de Veículos Automotores e de Objetos Pessoais e Domésticos</i>							
Preta/Parda	41,1	62,3	82,3	55,5	45,3	29,7	9,2
Branca	57,9	36,8	17,6	44,3	54,7	68,2	90,6
<i>Serviços prestados à Empresas e Intermediação Financeira, Atividades Imobiliárias</i>							
Preta/Parda	34,6	57,1	75,4	47,1	35,8	26,4	12,1
Branca	64,4	42,9	23,8	52,4	64,0	71,8	87,7
<i>Educação, Saúde e Serviços Sociais, Administração Pública, Defesa e Seguridade Social</i>							
Preta/Parda	35,2	55,5	74,9	44,2	35,5	24,1	11,0
Branca	63,9	44,1	24,9	56,2	64,5	73,8	88,9
<i>Serviços Domésticos</i>							
Preta/Parda	57,8	72,3	93,5	71,6	59,7	49,0	24,8
Branca	42,0	27,0	6,1**	27,9	40,2	51,0	74,2
<i>Outros Serviços</i>							
Preta/Parda	43,7	65,7	81,9	57,7	45,6	34,0	12,2
Branca	55,6	33,7	17,9	41,9	54,2	64,4	87,8

\* Coeficiente de Variação igual a 15,8 \*\*Coeficiente de Variação igual a 17,9

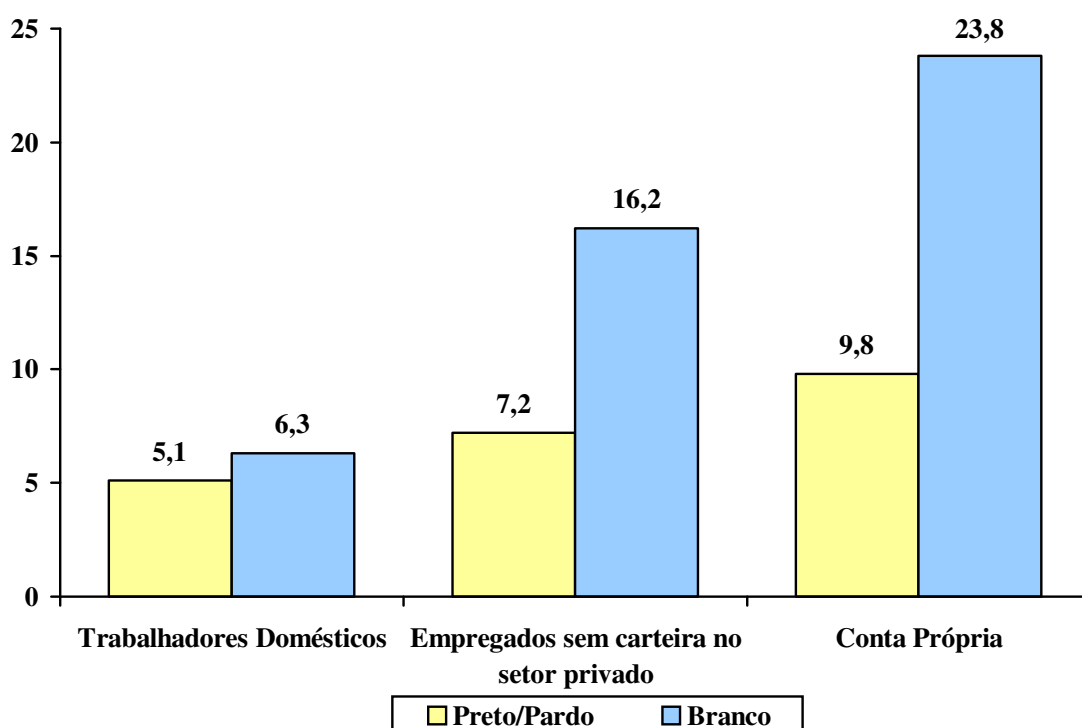
Note-se que as participações dos pretos e pardos nos grupamentos da construção e dos serviços domésticos são relativamente maiores que nos demais, tanto para as regiões de predominância de pretos e pardos quanto nas regiões com maioria de brancos.

<sup>350</sup> Fonte: IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego.

### Pretos e pardos contribuem menos para a previdência

A inserção mais precária dos pretos e pardos no mercado de trabalho, em relação aos brancos, também pôde ser verificada através das baixas proporções de trabalhadores domésticos (5,1%), de empregados sem carteira de trabalho (7,2%) e de trabalhadores por conta própria (9,8%) pretos e pardos que contribuía para previdência. Embora também baixos, estes percentuais para os brancos eram consideravelmente maiores.

**GRÁFICO 4 - Contribuintes para a previdência segundo a posição na ocupação por cor ou raça<sup>351</sup>.**



### Rendimento médio dos brancos é mais que o dobro do recebido pelos pretos e pardos

Em relação aos rendimentos habituais, destacou-se que os pretos e pardos recebiam, em média, R\$ 660,45. Esse valor representava 51,1% do rendimento auferido pelos brancos (R\$ 1.292,19). Essa desigualdade no rendimento médio entre pretos/pardos e brancos persistiu, mesmo nas comparações dentro do mesmo grupamento de atividade, ou da posição na ocupação ou de faixa de escolaridade. Em todas as regiões, os pretos e pardos possuíam rendimentos inferiores aos dos brancos, mas em Salvador as diferenças foram maiores: ali, os

<sup>351</sup> Fonte: IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego.

pretos e pardos recebiam pouco mais de 1/3 do que recebiam os brancos. Já Porto Alegre registrou a menor diferença nos rendimentos recebidos.

**TABELA 5 - Rendimento médio real habitualmente recebido no trabalho principal segundo a cor ou raça - setembro de 2006<sup>352</sup>.**

	TOTAL	Recife	Salvador	Belo Horizonte	Rio de Janeiro	São Paulo	Porto Alegre
Preta/Parda (1)	660,45	540,47	644,91	692,70	653,31	694,00	649,40
Branca (2)	1292,19	1046,93	1749,90	1249,95	1293,37	1361,30	1062,95
<i>Razão (1)/(2)*100</i>	<i>51,1</i>	<i>51,6</i>	<i>36,9</i>	<i>55,4</i>	<i>50,5</i>	<i>51,0</i>	<i>61,1</i>

O rendimento/hora real habitualmente recebido pelos pretos e pardos (R\$ 4,15) era cerca da metade do auferido pelos brancos (R\$ 8,16), proporção mantida desde 2002. O mesmo deu-se com o rendimento médio.

**TABELA 6 - Rendimento/hora e rendimento médio real habitualmente recebido no trabalho principal segundo a cor ou raça<sup>353</sup>.**

	2002	2003	2004	2005	2006
<b>Rendimento/hora</b>					
Preta/Parda	4,34	3,70	3,73	3,97	4,15
Branca	8,86	7,60	8,02	8,06	8,16
<b>Rendimento médio</b>					
Preta/Parda	692,75	584,76	602,23	630,23	660,45
Branca	1.409,65	1.198,37	1.255,03	1.279,10	1.292,19

Por nível de escolaridade foi possível perceber que, exceto em alguns poucos casos<sup>2</sup>, conforme se adquiria mais instrução, maiores eram os rendimentos, tanto para pretos e pardos quanto para brancos.

O curioso, porém, é que quando a escolaridade subia da faixa de 8 a 10 anos de estudo para a seguinte (com pelo menos o nível médio completo), o ganho salarial era significativamente maior para os brancos: enquanto os pretos e pardos tinham acréscimo de 62,0% no rendimento, o rendimento médio dos brancos subia 250%.

<sup>352</sup> Fonte: IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego.

<sup>353</sup> Fonte: IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego.

**TABELA 7 - Rendimento médio real habitualmente recebido no trabalho principal segundo a cor ou raça e anos de estudo<sup>354</sup>.**

	TOTAL	Recife	Salvador	Belo Horizonte	Rio de Janeiro	São Paulo	Porto Alegre
<b>PRETA/PARDA</b>							
Sem instrução e com menos de um ano	409,67	244,67	317,79	357,62	501,79	433,73	371,76
1 a 3 anos	431,01	314,32	341,42	443,65	439,72	483,75	506,92
4 a 7 anos	499,02	376,04	388,93	496,49	491,77	573,99	484,42
8 a 10 anos	556,63	411,19	447,38	541,38	566,96	634,55	606,57
11 anos ou mais	899,64	790,33	908,30	1.008,10	898,38	884,22	881,39
<b>BRANCA</b>							
Sem instrução e com menos de um ano	469,46	507,47	424,93	458,74	392,50	505,98	420,51
1 a 3 anos	514,23	344,76	376,81	443,46	539,00	527,95	520,75
4 a 7 anos	617,05	420,78	702,57	574,43	580,54	666,17	590,71
8 a 10 anos	691,62	582,84	717,61	651,19	642,68	740,56	668,51
11 anos ou mais	1.728,38	1.381,95	2.062,59	1.669,72	1.751,34	1.790,91	1.497,11

Na análise segundo a posição na ocupação, no total das seis RMs, o maior diferencial foi entre os trabalhadores por conta própria: R\$ 533,28 para *pretos* e *pardos*, contra R\$ 1046,16 para os brancos. Já os trabalhadores domésticos apresentaram a menor diferença: os brancos recebiam 14,2% a mais que os pretos e pardos.

À exceção de serviços domésticos, em Porto Alegre, todos os grupamentos de atividade tinham rendimentos mais elevados para os brancos que para os pretos e pardos, no agregado das seis regiões metropolitanas e para cada uma delas. Assim, quanto ao rendimento habitual, pretos e pardos recebiam menos que os brancos, ainda que em relação ao mesmo nível educacional, grupamento de atividade, ou posição na ocupação.

### **Desigualdade persiste entre os maiores de 18 anos e com 11 anos ou mais de estudo**

Também se investigou os rendimentos selecionando-se um grupo mais homogêneo: homens de 18 a 49 anos de idade e com 11 anos ou mais de estudo. Desagregado por grupamentos de atividade e por posição na ocupação, o subgrupo manteve a diferenciação de rendimentos entre os brancos e os pretos e pardos. Desta vez, embora ainda elevada, a maior

<sup>354</sup> Fonte: IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego.

diferença nos rendimentos observada não foi para os trabalhadores por conta própria (75,5%), mas, sim, para os empregados sem carteira de trabalho assinada no setor privado (97,9%).

**TABELA 8 - Rendimento médio real habitualmente recebido no trabalho principal segundo a cor ou raça para a população ocupada masculina, com 18 a 49 anos de idade e 11 anos ou mais de estudo<sup>355</sup>.**

	PRETA/PARDA	BRANCA	DIFERENCIAL (%)
<b>GRUPAMENTO DE ATIVIDADE</b>			
Indústria	982,58	1.931,72	96,6
Construção	763,37	1.569,12	105,6
Comércio	737,74	1.369,28	85,6
Serviços prestados à empresas	1.090,46	2.063,95	89,3
Educação, saúde, adm. pública	1.339,22	1.951,89	45,7
Serviços domésticos	547,43	824,76	50,7
Outros serviços	872,37	1.643,09	88,3
<b>POSIÇÃO NA OCUPAÇÃO</b>			
Empreg. com carteira no setor privado	859,44	1.636,46	90,4
Empreg. sem carteira no setor privado	649,29	1.285,05	97,9
Conta própria	972,28	1.706,68	75,5

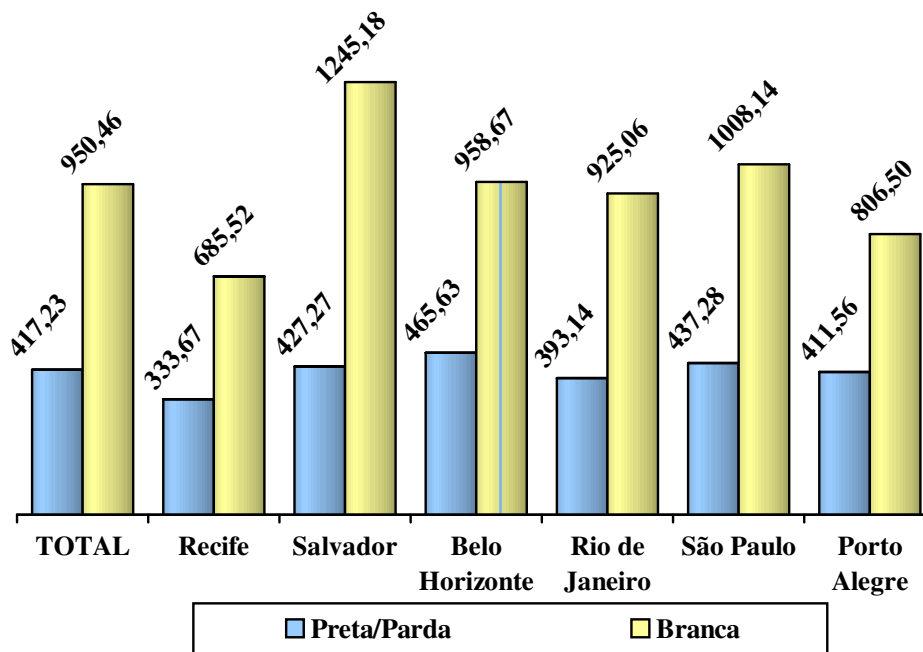
Outro aspecto interessante para este subgrupo foi o elevado diferencial no rendimento entre os brancos e os pretos e pardos observado na construção (105,6%).

### **Rendimento domiciliar *per capita* dos brancos é duas vezes o dos pretos e pardos**

Nos domicílios cuja pessoa de referência era preta ou parda, o rendimento per capita, no total das seis regiões era de R\$ 417,23, enquanto para os domicílios com principal responsável branco foi de R\$ 950,46. A proporção entre ambos é mais que o dobro. Em Salvador a situação era mais delicada: a proporção entre esses indicadores era de três para um, como mostra o gráfico abaixo.

<sup>355</sup> Fonte: IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego.

**GRÁFICO 5 - Rendimento familiar *per capita* nos domicílios segundo a cor ou raça do principal responsável pelo domicílio, por região metropolitana - setembro de 2006<sup>356</sup>.**



<sup>356</sup> Fonte: IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego.

<sup>1</sup> Os percentuais não somam 100% porque não foram incluídos os dados para amarelos e indígenas.

<sup>2</sup> No Rio de Janeiro, para a população preta, e parda e em Recife, Salvador e Belo Horizonte, para a população branca, as pessoas com 1 a 3 anos de estudo recebiam em média salários menores que os trabalhadores sem instrução.

## ANEXO B

### REDAÇÃO ORIGINÁRIA, EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS E REDAÇÃO DADA PELO RELATOR DEPUTADO FEDERAL CARLOS ABICALIL DO PL Nº 3627/04

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º: As instituições públicas federais de educação superior reservarão, em cada concurso de seleção para ingresso nos cursos de graduação, no mínimo, cinquenta por cento de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Art. 2º: Em cada instituição de educação superior, as vagas de que trata o art. 1º serão preenchidas por uma proporção mínima de autodeclarados negros e indígenas igual à proporção de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Parágrafo único: No caso de não-preenchimento das vagas segundo os critérios do caput, as remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Art. 3º: O Ministério da Educação e a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República serão responsáveis pelo acompanhamento e avaliação do sistema de que trata esta lei, ouvida a Fundação Nacional do Índio - FUNAI.

Art. 4º: As instituições de que trata o art. 1º terão o prazo de duzentos e quarenta dias para se adaptarem ao disposto nesta Lei.

Art. 5º: O Poder Executivo promoverá, no prazo de dez anos, a contar da publicação desta Lei, a revisão do sistema especial para o acesso de estudantes negros, pardos e indígenas, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, nas instituições de educação superior.

Art. 6º: Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, ...

Brasília, 28 de abril de 2004.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República.

Desde 1967 o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial da Organização das Nações Unidas. Nesta importante Convenção o Estado brasileiro comprometeu-se a aplicar as ações afirmativas como forma de proteção da igualdade para inclusão de grupos étnicos historicamente excluídos no processo de desenvolvimento social.

Estudos recentes de fontes abalizadas apontam que no Brasil a evolução da distribuição de riquezas e oportunidades não é neutra, cristalizando-se diferenças entre as etnias que compõem a diversidade característica da população brasileira, sendo fato que a população negra e os povos indígenas foram e ainda são sistematicamente desfavorecidos ao longo de toda experiência republicana.

Somente no final do século passado, o Estado brasileiro passou a se preocupar com os efeitos do chamado racismo estruturante no perfil social e buscar mecanismos que dessem efetividade aos compromissos assumidos perante a comunidade internacional há quase quarenta anos. Esse atraso de décadas por si é suficiente para justificar a iniciativa de políticas de ações afirmativas no âmbito da educação, como as consignadas no presente Projeto de lei.

Entretanto, cumpre-nos acrescentar que o presente Projeto de lei, adotando a política de cotas, o faz de forma racional distribuindo-as pela composição étnico racial das unidades federativas. Ao mesmo tempo, importante salientar q combinação de critérios de inclusão por razões específicas de etnia com critérios universais de renda para acesso ao ensino público superior. Assim também é assegurado o ingresso nas universidades públicas aos estudantes egressos do sistema público de ensino fundamental e médio.

O critério de menor poder aquisitivo indicado indiretamente pela permanência no sistema público de ensino é também subsidiário para hipótese das cotas para negros e membros das comunidades indígenas não serem preenchidas por insuficiências circunstanciais.

Importante salientar ainda que o processo para construção deste projeto de lei encontra legitimidade social consistente, vez que contou com a participação de reitores representando suas universidades, entidades de classe dos docentes, representação dos estudantes, além de entidades que desenvolvem cursos preparatórios para vestibulares entre negros e carentes no âmbito da sociedade civil. Observe-se que em função do amadurecimento do regime democrático tramitam no Congresso Nacional inúmeros projetos de lei com objeto semelhante, porém nem sempre considerando as experiências vividas pela sociedade civil ou mesmo as políticas desenvolvidas pelo Poder Executivo nessa área ao longo dos últimos anos. É imperioso que uma Lei regulamentando cotas para negros, indígenas e alunos oriundos da escola pública garanta em sua dinâmica, não só o ingresso, mas a permanência desses alunos até a conclusão dos cursos, preocupação presente neste Projeto de Lei.

Respeitosamente,

Tarso Fernando Hertz Genro  
Ministro da Educação

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º: As instituições públicas federais de educação superior, vinculadas ao Ministério da Educação, reservarão, em cada concurso de seleção para ingresso nos cursos de graduação, no mínimo, cinquenta por cento de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Art. 2º: As universidades públicas deverão selecionar os alunos advindos do ensino médio em escolas públicas tendo como base o coeficiente de rendimento – CR, obtido através de média aritmética das notas ou menções obtidas no período, considerando-se o curriculum comum a ser estabelecido pelo Ministério da Educação e do Desporto.

Parágrafo único: As instituições privadas de ensino superior poderão adotar o procedimento descrito no caput em seus exames de ingresso.

Art. 3º: Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados negros e indígenas, no mínimo igual à proporção de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Parágrafo único: No caso de não-preenchimento das vagas segundo os critérios estabelecidos no caput, aquelas remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Art. 4º: As instituições federais de ensino técnico de nível médio reservarão, em cada concurso de seleção para ingresso em seus cursos, no mínimo cinquenta por cento de suas vagas para alunos que cursaram integralmente o ensino fundamental em escolas públicas.

Art. 5º: Em cada instituição federal de ensino técnico de ensino médio, as vagas de que trata o art. 4º serão preenchidas, por curso e turno por autodeclarados negros e indígenas, no mínimo igual à proporção de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Parágrafo único: No caso de não-preenchimento das vagas segundo os critérios estabelecidos no caput, aquelas remanescentes deverão ser preenchidas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino fundamental em escola pública.

Art. 6º: O Ministério da Educação e a Secretaria Especial de Políticas de promoção da igualdade racial da Presidência da República serão responsáveis pelo acompanhamento e avaliação do programa de que trata esta Lei, ouvida a Fundação Nacional do Índio - FUNAI.

Art. 7º: O Poder Executivo promoverá, no prazo de dez anos, a contar da publicação desta Lei, a revisão do programa especial para o acesso de estudantes negros, pardos



e indígenas, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, nas instituições de educação superior.

Art. 8º: As instituições de que trata o art. 1º deverão implementar, no mínimo 25% (vinte e cinco por cento) da reserva de vagas prevista nesta Lei, a cada ano, e terão o prazo máximo de quatro anos, a partir da data de sua publicação, para o cumprimento integral do disposto nesta Lei.

Art. 9º: Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, em 26 de setembro de 2005.

Deputado Carlos Abicalil

Relator

## ANEXO C

### BOLETIM INFORMATIVO SOBRE O 2º VESTIBULAR SOB O SISTEMA DE COTAS DA UnB



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB  
Centro de Seleção e de Promoção de Eventos – CESPE

#### 2.º Vestibular de 2004

#### BOLETIM INFORMATIVO

Termina com êxito, mais uma vez, o vestibular da UnB. O CESPE divulga a lista dos aprovados no 2.º Vestibular de 2004 às 17 h do dia 12/7/2004.

O calendário da programação oficial, transcrito a seguir, foi rigorosamente seguido a fim de dar maior tranquilidade aos candidatos.

- ▶ 12 a 17/4/2004
  - Período de Inscrição.
- ▶ 15 a 17/5/2004
  - Aplicação das provas de habilidades específicas.
- ▶ 4/6/2004
  - Divulgação dos resultados das provas de habilidades específicas.
- ▶ 26 e 27/6/2004
  - Aplicação das provas objetivas e de redação.

#### 1 VESTIBULAR DESCENTRALIZADO DA UnB

Este foi o 21.º Vestibular descentralizado da UnB. No DF, as inscrições e as provas foram realizadas no Plano Piloto e nas cidades de Ceilândia, Gama, Sobradinho e Taguatinga; no estado de Goiás, nas cidades de Anápolis, Formosa, Goiânia e Valparaíso; em Minas Gerais, nas cidades de Paracatu, Patos de Minas e Uberlândia.

#### 2 NÚMERO DE CANDIDATOS INSCRITOS

A UnB registrou 27.397 candidatos inscritos para o 2.º Vestibular de 2004, no sistema universal, dos quais 4.194 também se inscreveram no sistema de cotas. Os candidatos disputaram as 1994 vagas, sendo 1.602 para o sistema universal e 392 para o sistema de cotas. A Universidade de Brasília ofereceu vagas em 19 cursos da área de Ciências, 8 da área de Saúde e 34 da área de Humanidades.

**2.º Vestibular de 2004**
**3 ABSTENÇÃO**

Apenas 2.067 candidatos faltaram aos 2 dias do 2.º Vestibular de 2004, o que representa 7,5% dos inscritos.

**4 CANDIDATOS DESCLASSIFICADOS (\*)**

SISTEMA	N.º DE CANDIDATOS DESCLASSIFICADOS	% EM RELAÇÃO AO N.º DE PRESENTES
UNIVERSAL	10.140	40,0%
COTAS	2.255	56,8%

(\*) Foi desclassificado o candidato que se enquadrou em pelo menos um dos itens a seguir.

- Faltou a qualquer um dos dias de provas;
- obteve resultado da prova de Língua Estrangeira inferior ou igual a 0;
- obteve resultado da prova de Linguagens e Códigos e Ciências Sociais inferior a 12;
- obteve resultado da prova de Ciências da Natureza e Matemática inferior a 18;
- obteve escore bruto inferior 66.

**5 VAGAS OFERECIDAS E PREENCHIDAS POR ÁREA DE CONHECIMENTO**

ÁREA	TOTAL	SISTEMA UNIVERSAL		SISTEMA DE COTAS	
		VAGAS OFERECIDAS	VAGAS PREENCHIDAS	VAGAS OFERECIDAS	VAGAS PREENCHIDAS
CIÊNCIAS	618	497	501	121	117
HUMANIDADES	1.130	908	903	222	212
SAUDE	246	197	197	49	49
<b>TOTAL</b>	<b>1.994</b>	<b>1.602</b>	<b>1.601</b>	<b>392</b>	<b>378</b>

**6 VAGAS NÃO-PREENCHIDAS**

CURSO	TOTAL VAGAS	SISTEMA UNIVERSAL		SISTEMA DE COTAS		
		VAGAS OFERECIDAS	VAGAS NÃO- PREENCHIDAS	VAGAS OFERECIDAS	VAGAS NÃO- PREENCHIDAS	VAGAS PREENCHIDAS PELO SISTEMA UNIVERSAL
Engenharia Civil	40	32	0	8	4	4
Artes Cênicas (Bacharelado)	16	13	0	3	2	2
Artes Plásticas (Licenciatura) – Noturno	22	18	0	4	1	1
Educação Artística – Música (Licenciatura)	16	13	0	3	2	2
Música (Bacharelado)	26	21	10	5	5	0

Observação: TOTAL DE VAGAS NÃO-PREENCHIDAS NO VESTIBULAR: 15

**7 RESUMO DAS NOTAS DOS CANDIDATOS CLASSIFICADOS NO 2.º VESTIBULAR DE 2004**

PROVA	SISTEMA UNIVERSAL				
	MÉDIA	DESVIO- PADRÃO	CANDIDATOS	MENOR NOTA	MAJOR NOTA
Língua Inglesa	16,37	6,19	10.002	1,00	30,00
Língua Francesa	14,05	6,06	239	1,00	26,00
Língua Espanhola	16,00	6,00	1.000	1,00	26,00
Linguagens e Códigos e Ciências Sociais	55,72	15,64	15.190	12,00	110,00
Ciências da Natureza e Matemática	47,12	21,54	15.190	18,00	143,00



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB  
Centro de Seleção e de Promoção de Eventos – CESPE

## 2.º Vestibular de 2004

### 8 SEGURANÇA

A segurança do vestibular ocupa papel de destaque na organização desse grande evento. O esquema inclui: Polícia Federal, Polícia Militar, Vigilantes da UnB, Inspectores de Segurança, Fiscais de Banheiro, coleta de impressão digital e rastreamento de gabaritos por sofisticado programa de computador e por outros modernos equipamentos de rastreamento eletrônico.

### 9 BOLETIM DE DESEMPENHO

O Boletim de Desempenho será disponibilizado na Internet aos candidatos que participaram dos dois dias de prova, no dia 9 de setembro de 2004.

### 10 DIVULGAÇÃO DO RESULTADO DO 2.º VESTIBULAR DE 2004

A lista dos aprovados será afixada no *Campus* Universitário Darcy Ribeiro da UnB, no Teatro de Arena, e estará disponível na Internet, no endereço eletrônico <http://www.cespe.unb.br>, a partir das 17 horas do dia 12 de julho de 2004.

### 11 SALA DOS PROFESSORES (O ENSINO MÉDIO CONTRIBUINDO PARA A MELHORIA DAS PROVAS DO VESTIBULAR)

Mais uma vez, como vem acontecendo nos últimos anos, a Universidade de Brasília convidou os professores das redes pública e particular de ensino médio para participarem diretamente do processo de avaliação da qualidade das diversas provas que constituíram este Vestibular.

Nos dois dias de provas do 2.º Vestibular de 2004, os docentes estiveram presentes à Sala dos Professores e fizeram sugestões, críticas e recomendações valiosas ao aperfeiçoamento de toda a dinâmica do vestibular.

Como de costume, a Diretoria Acadêmica do CESPE solicitou às bancas examinadoras das diversas disciplinas que analisassem criteriosamente as avaliações das provas, feitas por meio dos formulários anexos, nos quais os professores registraram suas opiniões individuais e coletivas.

O CESPE agradece a contribuição de todos e ratifica a sua convicção de não poupar esforços para buscar a melhoria pedagógica do processo seletivo, graças, também, à participação crescente dos professores de ensino médio na avaliação das provas do vestibular.

### 12 AGRADECIMENTO

O CESPE agradece a todos os alunos, aos professores e aos funcionários da UnB que colaboraram para o êxito do 2.º Vestibular de 2004.

### 13 SAUDAÇÃO

A UnB parabeniza a todos os candidatos que estão ingressando na Universidade por meio do 2.º Vestibular de 2004. Enviamos também aos pais desses novos alunos nossas saudações pela grande vitória.

A comunidade universitária deseja que os novos alunos se integrem aos professores e aos funcionários da UnB, contribuindo para o engrandecimento de nossa Universidade.

Sejam bem-vindos e boa sorte!



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB  
Centro de Seleção e de Promoção de Eventos – CESPE

**2.º Vestibular de 2004**

**ARGUMENTOS FINAIS MÍNIMOS E MÁXIMOS DE SELEÇÃO NOS CURSOS NO  
2.º VESTIBULAR DE 2004**

**ÁREA DE CIÊNCIAS**

Curso	SISTEMA UNIVERSAL		SISTEMA DE COTAS	
	AF MÍNIMO	AF MÁXIMO	AF MÍNIMO	AF MÁXIMO
Agronomia	64,10	223,40	-46,80	57,60
Ciência da Computação (Bacharelado)	185,90	395,90	117,20	324,30
Ciências Biológicas (Bacharelado/Licenciatura)	184,20	278,70	-10,90	180,20
Ciências Biológicas (Licenciatura) – Noturno	93,70	285,60	-57,80	143,20
Computação (Licenciatura) – Noturno	42,30	208,80	-51,00	103,90
Engenharia Civil	116,20	261,50	-122,60	31,60
Engenharia de Redes de Comunicação	201,60	313,50	93,80	173,20
Engenharia Elétrica	218,70	378,70	128,00	349,10
Engenharia Florestal	48,70	209,80	-5,00	30,70
Engenharia Mecânica	171,50	342,60	69,40	249,50
Engenharia Mecatrônica	250,20	376,50	123,00	420,40
Estatística	58,70	283,60	25,70	125,50
Física (Bacharelado/Licenciatura/Física Computacional)	136,50	285,50	-13,80	137,40
Física (Licenciatura) – Noturno	71,40	319,50	-17,90	57,20
Geologia	11,80	143,00	-17,10	208,10
Matemática (Bacharelado/Licenciatura)	37,00	301,10	-123,60	167,50
Matemática (Licenciatura) – Noturno	30,90	208,30	-38,10	236,90
Química (Bacharelado)	66,70	237,90	-126,60	143,40
Química (Licenciatura) – Noturno	31,70	214,60	41,00	140,50

**ÁREA DE SAÚDE**

Curso	SISTEMA UNIVERSAL		SISTEMA DE COTAS	
	AF MÍNIMO	AF MÁXIMO	AF MÍNIMO	AF MÁXIMO
Educação Física	33,00	144,20	-24,00	99,90
Enfermagem e Obstetrícia	74,10	223,10	75,90	152,30
Farmácia	149,50	311,90	94,30	139,40
Medicina	361,20	478,40	334,40	430,00
Medicina Veterinária	107,60	299,80	7,40	186,60
Nutrição	130,10	341,80	-37,10	131,10
Odontologia	182,40	266,80	23,80	193,00
Psicologia	130,30	389,10	47,40	208,70



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB  
Centro de Seleção e de Promoção de Eventos – CESPE

**2.º Vestibular de 2004**

**ARGUMENTOS FINAIS MÍNIMOS E MÁXIMOS DE SELEÇÃO NOS CURSOS NO  
2.º VESTIBULAR DE 2004**

**ÁREA DE HUMANIDADES**

Curso	SISTEMA UNIVERSAL		SISTEMA DE COTAS	
	AF MÍNIMO	AF MÁXIMO	AF MÍNIMO	AF MÁXIMO
Administração	93,60	223,20	36,00	203,30
Administração – Noturno	85,00	197,80	0,80	122,30
Arquitetura e Urbanismo	136,70	300,00	-0,40	107,80
Arquivologia – Noturno	-17,50	202,50	-31,90	58,40
Artes Cênicas (Bacharelado)	-119,70	30,70	-89,40	-89,40
Artes Plásticas (Licenciatura) – Noturno	-161,90	117,10	-119,40	-23,70
Artes Plásticas (Bacharelado/Licenciatura)	-42,70	89,00	-81,50	129,90
Biblioteconomia	-38,10	102,00	-76,10	51,80
Ciência Política	153,80	286,40	114,20	213,20
Ciências Contábeis	27,00	159,40	18,60	168,80
Ciências Contábeis – Noturno	2,60	188,90	-74,30	72,60
Ciências Econômicas	161,00	288,40	82,30	128,50
Ciências Sociais	54,50	236,70	10,90	104,00
Comunicação Social	175,30	269,30	66,20	271,10
Desenho Industrial (Bacharelado)	124,80	208,30	20,90	53,60
Direito – Noturno	270,00	425,30	212,50	317,30
Educação Artística – Artes Cênicas (Licenciatura)	-103,70	51,30	-159,50	-141,50
Educação Artística – Música (Licenciatura)	-109,20	113,00	35,80	35,80
Filosofia	43,50	223,90	-58,20	26,80
Geografia	34,80	194,60	21,20	90,90
História	98,30	264,90	4,20	88,80
Letras – Espanhol (Licenciatura) – Noturno	-17,00	251,60	-72,30	6,70
Letras – Francês (Bacharelado/Licenciatura)	-3,40	233,60	-67,50	-45,00
Letras – Inglês (Bacharelado/Licenciatura)	-23,20	117,30	-42,30	1,30
Letras – Japonês (Licenciatura) – Noturno	-28,30	240,30	-104,70	-11,70
Letras – Português do Brasil como Segunda Língua (Licenciatura)	-16,80	92,50	-50,10	-20,90
Letras – Português (Bacharelado/Licenciatura)	46,60	231,20	6,50	117,10
Letras – Português (Licenciatura) – Noturno	29,00	187,90	-11,30	82,70
Letras – Tradução	78,40	183,50	-75,90	154,10
Música (Bacharelado)	-162,10	129,90	--	--
Pedagogia	-47,20	136,80	-60,10	9,80
Pedagogia – Noturno	-64,00	175,00	-58,70	-2,20
Relações Internacionais	221,70	327,10	180,70	282,30
Serviço Social	-20,30	144,70	-22,40	79,50



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB  
Centro de Seleção e de Promoção de Eventos – CESPE

## 2.º Vestibular de 2004

### OFERTA DE VAGAS E DEMANDA DOS CURSOS NO 2.º VESTIBULAR DE 2004 APÓS AS PROVAS DE HABILIDADES ESPECÍFICAS

#### ÁREA DE CIÊNCIAS

Curso	VAGAS TOTAL	SISTEMA UNIVERSAL			SISTEMA DE COTAS		
		VAGAS	INSCRITOS	DEMANDA	VAGAS	INSCRITOS	DEMANDA
Agronomia	40	32	554	17,31	8	71	8,88
Ciência da Computação (Bacharelado)	30	24	651	27,13	6	72	12,00
Ciências Biológicas (Bacharelado/Licenciatura)	30	24	524	21,83	6	49	8,17
Ciências Biológicas (Licenciatura) – Noturno	32	26	323	12,42	6	43	7,17
Computação (Licenciatura) – Noturno	34	27	346	12,81	7	68	9,71
Engenharia Civil	40	32	319	9,97	8	16	2,00
Engenharia de Redes de Comunicação	26	21	285	13,57	5	22	4,40
Engenharia Elétrica	40	32	326	10,19	8	38	4,75
Engenharia Florestal	40	32	396	12,38	8	59	7,38
Engenharia Mecânica	40	32	337	10,53	8	34	4,25
Engenharia Mecatrônica	26	21	413	19,67	5	32	6,40
Estatística	24	19	191	10,05	5	21	4,20
Física (Bacharelado/Licenciatura/Física Computacional)	26	21	203	9,67	5	20	4,00
Física (Licenciatura) – Noturno	32	26	259	9,96	6	52	8,67
Geologia	26	21	191	9,10	5	24	4,80
Matemática (Bacharelado/Licenciatura)	36	29	227	7,83	7	38	5,43
Matemática (Licenciatura) – Noturno	32	26	315	12,12	6	56	9,33
Química (Bacharelado)	32	26	227	8,73	6	26	4,33
Química (Licenciatura) – Noturno	32	26	293	11,27	6	61	10,17

#### ÁREA DE SAÚDE

Curso	VAGAS TOTAL	SISTEMA UNIVERSAL			SISTEMA DE COTAS		
		VAGAS	INSCRITOS	DEMANDA	VAGAS	INSCRITOS	DEMANDA
Educação Física	40	32	990	30,94	8	204	25,50
Enfermagem e Obstetrícia	28	22	681	30,95	6	156	26,00
Farmácia	30	24	411	17,13	6	39	6,50
Medicina	36	29	2.389	82,36	7	230	32,66
Medicina Veterinária	30	24	520	21,67	6	40	6,67
Nutrição	26	21	572	27,24	5	61	12,20
Odontologia	20	16	378	23,63	4	33	8,25
Psicologia	36	29	740	25,52	7	99	14,14



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB  
Centro de Seleção e de Promoção de Eventos – CESPE

## 2.º Vestibular de 2004

### OFERTA DE VAGAS E DEMANDA DOS CURSOS NO 2.º VESTIBULAR DE 2004 APÓS AS PROVAS DE HABILIDADES ESPECÍFICAS

#### ÁREA DE HUMANIDADES

Curso	VAGAS TOTAL	SISTEMA UNIVERSAL			SISTEMA DE COTAS		
		VAGAS	INSCRITOS	DEMANDA	VAGAS	INSCRITOS	DEMANDA
Administração	52	42	629	14,98	10	79	7,90
Administração – Noturno	42	34	675	19,85	8	118	14,75
Arquitetura e Urbanismo	30	24	296	12,33	6	20	3,33
Arquivologia – Noturno	42	34	581	17,09	8	150	18,75
Artes Cênicas (Bacharelado)	18	13	50	3,85	3	8	2,67
Artes Plásticas (Licenciatura) – Noturno	22	18	54	3,00	4	9	2,25
Artes Plásticas (Bacharelado/Licenciatura)	30	24	166	6,92	6	21	3,50
Biblioteconomia	40	32	439	13,72	8	109	13,63
Ciência Política	40	32	438	13,69	8	70	8,75
Ciências Contábeis	40	32	419	13,09	8	77	9,63
Ciências Contábeis – Noturno	42	34	289	8,50	8	54	6,75
Ciências Econômicas	40	32	376	11,81	8	45	5,63
Ciências Sociais	60	48	521	10,85	12	105	8,75
Comunicação Social	66	53	1.365	25,75	13	161	12,38
Desenho Industrial (Bacharelado)	20	16	163	10,19	4	13	3,25
Direito – Noturno	50	40	2.456	61,40	10	472	47,20
Educação Artística – Artes Cênicas (Licenciatura)	10	8	51	6,38	2	12	6,00
Educação Artística – Música (Licenciatura)	16	13	53	4,08	3	6	2,00
Filosofia	20	16	169	10,56	4	33	8,25
Geografia	30	24	386	16,08	6	90	15,00
História	30	24	437	18,21	6	85	14,17
Letras – Espanhol (Licenciatura) – Noturno	24	19	234	12,32	5	48	9,60
Letras – Francês (Bacharelado/Licenciatura)	10	8	55	6,88	2	12	6,00
Letras – Inglês (Bacharelado/Licenciatura)	16	13	142	10,92	3	21	7,00
Letras – Japonês (Licenciatura) – Noturno	22	18	110	6,11	4	19	4,75
Letras – Português do Brasil como Segunda Língua (Licenciatura)	24	19	161	8,47	5	34	6,80
Letras – Português (Bacharelado/Licenciatura)	24	19	242	12,74	5	50	10,00
Letras – Português (Licenciatura) – Noturno	32	26	359	13,81	6	89	14,83
Letras – Tradução	26	21	293	13,95	5	32	6,40
Música (Bacharelado)	26	21	39	1,86	5	5	1,00
Pedagogia	76	61	816	13,38	15	195	13,00
Pedagogia – Noturno	42	34	552	16,24	8	153	19,13
Relações Internacionais	40	32	945	29,53	8	59	7,38
Serviço Social	30	24	373	15,54	6	76	12,67



## ANEXO D

### ANÁLISE DO CENÁRIO INSTITUCIONAL DO SISTEMA DE COTAS DA UnB

Pesquisas realizadas pela Universidade de Brasília comprovam o déficit de renda dos estudantes negros em relação aos demais estudantes. Os dados apontam que 57,7% dos candidatos de cor preta possuem renda familiar inferior a 1.500 reais, já em relação ao grupo de cor branca esse percentual é bem menor, 30%. A mesma disparidade é verificada quando analisamos o percentual de pessoas com renda acima de 2.500 reais: 46,6% dos candidatos de cor branca estão nessa categoria, enquanto que o percentual no grupo de cor preta é de 20,4%.

O reconhecimento dessa realidade e a luta da população negra por educação não são dados recentes. Em termos de ação organizada, pode-se identificar, entre outras, as reivindicações da Frente Negra Brasileira, nos anos 1940, e as propostas de Abdias Nascimento em nome da implementação de políticas públicas voltadas para o atendimento das demandas desse grupo social.

As políticas de ações afirmativas, entre elas as cotas raciais, comprometem-se com a promoção de grupos não atingidos pelas políticas de caráter universal, **em nome da efetivação do princípio constitucional de igualdade**. O Sistema de Cotas para Negros adotado pela Universidade de Brasília – UnB, além de ser uma iniciativa importante e inovadora em nível institucional, é, assim, o resultado de esforços históricos dos Movimentos Negros.

Índios - Ao final de nove meses de estudos, a comissão criada para implementar o sistema formulou dois documentos que resumem os mecanismos de aplicação do plano de metas de integração que também foram aprovados pelo Cepe. Um deles é o edital do segundo vestibular de 2004. **O outro é o convênio entre a UnB e a Fundação Nacional do Índio (Funai), assinado em 12 de março de 2004. Os indígenas aprovados em um teste de seleção começaram a estudar na UnB no primeiro semestre letivo de 2004. Pelo convênio, cerca de dez vagas serão destinadas a indígenas a cada vestibular.**

Para concorrer às vagas reservadas para o Sistema de Cotas para Negros, o candidato deverá ser Negro e optar pelo Sistema. **Para ser classificado nas provas do vestibular, todo candidato, seja do sistema universal ou do Sistema de Cotas para Negros, deve obter, no mínimo:**

**Nota maior que zero na prova de língua estrangeira;**

**10% da nota na prova de Linguagens e Códigos e Ciências Sociais;**

**10% da nota na prova de Ciências da Natureza e Matemática;**

**20% da nota no conjunto das provas.**

Após a classificação, as vagas reservadas ao Sistema de Cotas para Negros serão ocupadas.

**Os alunos que entraram na UnB pelo sistema de cotas são menos qualificados do que os que entraram pelo sistema universal?**

**Não. Todos os candidatos ao vestibular da UnB - cotistas ou não - tiveram de atingir uma nota mínima para serem classificados. Essa pontuação mínima deixou de fora 40% dos candidatos do sistema universal e 56,8% dos cotistas. O que mostra que a nota avalia o mérito de todos os concorrentes. Para atingir a nota mínima, os candidatos devem, obrigatoriamente:**

**- obter nota maior que zero na prova de língua estrangeira;**

**- obter, pelo menos, 10% da nota na prova de Linguagens e Códigos e Ciências Sociais;**

**- obter, pelo menos, 10% da nota na prova de Ciências da Natureza e Matemática;**

**- alcançar, no mínimo, 20% da nota no conjunto das provas.**

**8. O que a UnB fará para garantir a permanência dos estudantes que entraram pelas cotas?**

Logo depois do registro desses alunos na universidade, a UnB traçará o perfil socioeconômico dos estudantes. Do ponto de vista socioeconômico, na medida da necessidade, haverá a expansão dos programas que atendem a estudantes de baixa renda - bolsa alimentação, bolsa livro e bolsa permanência.

Do ponto de vista acadêmico, a UnB dispõe de um acompanhamento chamado Serviço de Orientação ao Universitário (SOU) que oferece aos alunos de graduação questões gerais da vida universitária, sejam de ordem acadêmica ou psicopedagógica. Isso se dá da seguinte forma. O SOU identifica necessidades educativas e pessoais dos alunos. Depois disso, encaminha-o para atendimento específico, seja com coordenadores de curso, professores ou instâncias existentes na UnB como o Programa de Apoio a Portadores de Necessidades Especiais (PPNE), o Hospital Universitário de Brasília (HUB) e o Centro de Atendimento e Estudos Psicológicos (Caep) do Instituto de Psicologia.

Está sendo implantada uma série de programas direcionados, como o Brasil Afroatitude, que oferece bolsas de estudos a estudantes cotistas, para atuarem no estudo da epidemia de DST/Aids e suas relações com processos sociais.

No aspecto cultural, a UnB conta com os trabalhos do Núcleo de Estudos Afro-brasileiros (Neab) ligado ao Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares (Ceam). Criado desde 1986, o núcleo desenvolve pesquisas, pensando o negro como sujeito da história brasileira. Outro ponto de apoio a esses estudantes é o EnegreSer (Coletivo de Estudantes Negros na UnB). O grupo, aberto somente para estudantes negros, reúne-se todo sábado de manhã para promover eventos, debates, ou ler textos ligados à intelectualidade negra.<sup>357</sup>

---

<sup>357</sup> Disponível em <[http://www.unb.br/portal/admissao/sistema\\_cotas/index.php](http://www.unb.br/portal/admissao/sistema_cotas/index.php)>. Acesso em: 02. mar. 2006.

## ANEXO E

### ÍTEGRA DO *LEADING CASE* JUNTO AO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO SOBRE A IMPLANTAÇÃO DO VESTIBULAR COM COTAS RACIAIS E SOCIAIS NA UFPR

Acórdão Publicado no D.J.U. de 1/6/2005

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2005.04.01.006358-2/PR**

RELATOR : Des. Federal LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON

AGRAVANTE : UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANA

ADVOGADO : Antonio Marcos Guerreiro Salmeirão : Rui Magalhães Piscitelli

AGRAVADO : GABRIEL PADILHA DA SILVA FREITAS

ADVOGADO : Evaldo Barbosa e outro

EMENTA ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA LIMINAR. MANDADO DE SEGURANÇA. VESTIBULAR. SISTEMA DE COTAS RACIAIS E SOCIAIS. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DIREITOS FUNDAMENTAIS. EFEITOS IMEDIATOS. INTERESSE PROCESSUAL DO IMPETRANTE.

1. É simplismo alegar que a Constituição proíbe discrimen fundado em raça ou em cor. O que, a partir da declaração dos direitos humanos, buscou-se proibir foi a intolerância em relação às diferenças, o tratamento desfavorável a determinadas raças, a sonegação de oportunidades a determinadas etnias. Basta olhar em volta para perceber que o negro no Brasil não desfruta de igualdade no que tange ao desenvolvimento de suas potencialidades e ao preenchimento dos espaços de poder.

2. É simplismo argumentar que a discriminação existente é em razão dos estamentos sociais; muito embora o branco pobre padeça também de carência de chances, fato irrecusável é que à figura do negro associou-se, imbricou-se mesmo, uma conotação de pobreza que a disparidade acaba por encontrar dupla motivação: por ser pobre ou por ser negro, presumidamente pobre.

3. Não se trata aqui de reparar no presente uma injustiça passada; não se trata de vindita ou compensação pelas agruras da escravidão; a injustiça aí está, presente: as universidades, formadoras das elites, habitadas por esmagadora maioria branca. Permissa maxima venia, não há como deixar de dizê-lo, ver a disparidade atual e aceitá-la comodamente é uma atitude racista em sua raiz.

4. Simplismo, também, dizer que as cotas nas universidades não são o remédio adequado, que o tratamento aser dispensado ao problema está em propiciar-se um ensino básico democratizado e de qualidade. É claro que as cotas raciais não constituem a única providência necessária, não se há de erigi-la em solução. Não as vejo, todavia, como mero paliativo, pois creio que uma elite nova, equilibrada em diversificação racial, contribuirá em muito para a construção da sociedade pluralista e democrática que o Brasil requer.

5. Embora não haja base legal para coagir a entidade de ensino a fixar cotas em seus exames vestibulares, como asseverou o Ministro Nelson Jobim (SL n. 60/SP), sponte propria pode a Universidade fazê-lo, até porque os direitos fundamentais garantidos na Constituição tem efeitos imediatos, não podendo a disposição que determina o direito a uma vida digna coabitar com a perenização das desigualdades.

6. O interesse particular não pode prevalecer sobre a política pública; ainda que se admitisse lesão a direito individual - que me parece ausente ante o fato de que o Impetrante conhecia a limitação, concorreu para cotas já predeterminadas -, não se poderia sacrificar a busca de um modelo de justiça social apenas para evitar prejuízo particular;

7. O Impetrante, ademais, não ostentava interesse processual quando do ajuizamento, porquanto, ainda que afastados todos os concorrentes cotistas com notas inferiores a ele, continuaria fora das vagas disponibilizadas no ato convocatório.

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar

provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 17 de maio de 2005.

**Des. Fed. LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON**

**Relator**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2005.04.01.006358-2/PR**

RELATOR : Des. Federal LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON

AGRAVANTE : UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANA

ADVOGADO : Antonio Marcos Guerreiro Salmeirão : Rui Magalhães Piscitelli

AGRAVADO : GABRIEL PADILHA DA SILVA FREITAS

ADVOGADO : Evaldo Barbosa e outro

RELATÓRIO

A UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ impugna via do presente recurso decisão da lavra do i. Juiz Federal MAURO SPALDING, da 7ª Vara Federal de Curitiba/PR, lançada em ação de segurança em que se debate a compatibilidade constitucional das disposições da Resolução n. 37/04-COUN, notadamente aquelas que fazem adotar o sistema de cotas no exame vestibular/2005, reservando 20% de vagas de inclusão racial, para estudantes afro-descendentes, e 20% de vagas de inclusão social, para estudantes que tenham realizado o ensino fundamental e médio exclusivamente em escola pública (art. 3º, §§ 1º e 2º).

A recorrente discorre acerca da situação social justificadora da implantação do sistema de cotas, concluindo que admitir que a pigmentação da pele é condição para que 45% da população brasileira ocupe apenas em torno de 2% da vagas nas Universidade Públicas, é defender a Supremacia Racial, tese que não apenas destoia do texto constitucional, como é flagrantemente contrária a ele (fls. 12). Adiante, salienta que a medida de reserva de vagas procura emprestar concretude às garantias constitucionais evidenciadas nos Princípios da Igualdade, da Não-discriminação, do Pluralismo/Diversidade e do Combate à Desigualdade.

A fls. 131/132 verso foi indeferido o efeito suspensivo. Tal decisão, à vista do pedido de reconsideração da UFPR, encartado no recurso de Agravo Regimental interposto, foi revista, concedendo-se, assim, a tutela liminar para suspender os efeitos da medida de urgência atacada (fls. 161/164).

O Julgador **a quo** informou as providências adotadas para dar cumprimento à decisão judicial (fls. 146/149).

A i. Procuradora-Chefe da Procuradoria Regional da República da 4ª Região deixou de receber o mandado de intimação endereçado ao MPF, na qualidade de custos legis, ao fundamento de que não goza de condição de representante legal-processual da Instituição (fls. 169 e verso).

Sem contra-razões (fls. 172).

É o relatório.

**Des. Fed. LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON**

**Relator**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2005.04.01.006358-2/PR**

RELATOR : Des. Federal LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON

AGRAVANTE : UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANA

ADVOGADO : Antonio Marcos Guerreiro Salmeirão : Rui Magalhães Piscitelli

AGRAVADO : GABRIEL PADILHA DA SILVA FREITAS

ADVOGADO : Evaldo Barbosa e outro

VOTO

Eis o comando da tutela liminar deferida:

Pelo que foi exposto, defiro a medida liminar objetivada, o que faço para determinar ao Sr. Reitor da UFPR que realize a matrícula do impetrante GABRIEL PADILHA DA SILVA FREITAS no curso de Engenharia Química, devendo acolhê-lo como aluno regular, sem quaisquer restrições pedagógicas ou acadêmicas, até a prolação de decisão definitiva neste feito.

Saliento que esta decisão, apesar de implicar imediato aumento do número de alunos no curso de Engenharia Química como consequência lógica, não significa usurpação da competência administrativa e da autonomia da UFPR no sentido de estabelecer a limitação de vagas em seus cursos. Isso porque a presente tutela, como disse alhures, é provisória e precária e, caso venha ser confirmada em sentença, o impetrante passará a ocupar o lugar de um daqueles cotistas que foram indevidamente

aprovados com escore inferior ao seu, mantendo-se o número de vagas do curso de Engenharia Química inalterado ao final da demanda com a possível exclusão daquele outro aluno cotista. Isso justifica a formação do litisconsórcio necessário aduzido na fundamentação supra.

Também em decorrência da provisoriedade e precariedade dessa decisão, a UFPR fica proibida de excluir o nome do candidato da lista de espera, sendo que eventual aprovação dele em decorrência da desistência de outros aprovados ou vacância de vagas destinadas ao curso de engenharia química deverá ser informada ao juízo para fins de análise de possível perda de objeto deste mandado de segurança.

Sopesando-se o risco de lesão ao direito à vaga pelo impetrante e o provisório aumento do número de alunos que iniciarão a cursar Engenharia Química na UFPR em decorrência deste processo, sem dúvida aquele primeiro deve sobrepor-se a esse último, sem que isso implique qualquer ilegalidade por parte do juízo. (fls. 61).

É simplismo alegar, em relação ao tema sub examine, que a Constituição proíbe discrimen fundado em raça ou em cor. O que, a partir da declaração dos direitos humanos, buscou-se proibir foi a intolerância em relação às diferenças, o tratamento desfavorável a determinadas raças, a sonogação de oportunidades a determinadas etnias. Basta olhar em volta para perceber que o negro no Brasil não desfruta de igualdade no que tange ao desenvolvimento de suas potencialidades e ao preenchimento dos espaços de poder.

É simplismo argumentar que a discriminação existente é em razão dos estamentos sociais; muito embora o branco pobre padeça também de carência de chances, fato irrecusável é que à figura do negro associou-se, imbricou-se mesmo, uma conotação de pobreza que a disparidade acaba por encontrar dupla motivação: por ser pobre ou por ser negro, presumidamente pobre.

Não se trata aqui de reparar no presente uma injustiça passada; não se trata de vindita ou compensação pelas agruras da escravidão; a injustiça aí está, presente: as universidades, formadoras das elites, habitadas por esmagadora maioria branca. Permissa maxima venia, não há como deixar de dizê-lo, ver a disparidade atual e aceitá-la comodamente é uma atitude racista em sua raiz.

Simplismo, também, dizer que as cotas nas universidades não são o remédio adequado, que o tratamento a ser dispensado ao problema está em propiciar-se um ensino básico democratizado e de qualidade. É claro que as cotas raciais não constituem a única providência necessária, não se há de erigi-la em solução. Não as vejo, todavia, como mero paliativo, pois creio que uma elite nova, equilibrada em diversificação racial, contribuirá em muito para a construção da sociedade pluralista e democrática que o Brasil requer.

Em entrevista prestada pelo Ministro TARSO GENRO à revista CARTA-CAPITAL, de 2 de março de 2005 (p. 29 e segts.), colho as seguintes assertivas, que muito me apraz subscrever: Nós simplesmente trouxemos para dentro da lei aquilo que diz a Constituição. Não é uma intervenção, é simplesmente chamar a Constituição para dentro de uma norma. Essa crítica também não tem fundamento e é preconceituosa. Parte de uma visão muito comum das elites brasileiras de que a Constituição só serve para assegurar privilégios, não serve para incluir, para combater desigualdades, para promover a plebe em última análise.

.....  
Eu considero muito sectária, baseada em preconceitos, a posição de pessoas que dizem que as cotas atacam o mérito, que são populistas. Acho que uma política de cotas permanente seria paternalista. A proposta do projeto de lei tem uma limitação no tempo.

Tanto as cotas para alunos de escolas públicas de nível médio quanto as previstas para afro-descendentes são políticas afirmativas que têm de ser observadas dentro de uma formação social concreta. Quanto ao mérito, diziam que o Programa Universidade para Todos (ProUni) iria deformar a estrutura meritória das instituições privadas, porque dentro do ProUni há a política de cotas e 36% das bolsas foram concedidas a afro-descendentes, ante 25% de afro-descendentes na totalidade das universidades.

Agora, pasme: a média dos alunos que entram para o Exame Nacional do Ensino Médio para o ProUni é uma média superior àquela obtida pelos alunos tanto das escolas públicas como das privadas no mesmo exame. Por quê? Porque aqueles que se inscreveram para fazer o Enem são alunos mais preocupados com a sua carreira e

com a qualidade de seu aprendizado, já que o exame não é obrigatório. Como conseqüência, aqueles que apresentaram pontuação maior e foram aproveitados no ProUni estão entre os melhores alunos. Então, essa idéia de que haveria uma baixa de qualidade com a política de cotas é completamente descabida do ponto de vista estatístico.

.....  
 Exatamente. Isso traduzido para uma linguagem popular significa o seguinte: negros e pobres baixam o nível do ensino. Isso não só não é verdadeiro como é preconceituoso.

Inclusive, não percebem que essas pessoas de origem social mais na base da sociedade, mais pobres, possuem grande capacidade de superação, capacidade de lutar pela vida, pela sua ascensão na estrutura social, por melhores condições de vida. Muitos críticos das cotas não têm sequer essa sensibilidade. Mas, repito, a política de cotas tem de estar vinculada a uma formação social determinada e, no Brasil, negritude e pobreza são par constante, originário de nossa sociedade escravocrata. Então, o que nós perguntamos é o seguinte: devemos constituir alguns mecanismos, ainda que moderados, para promover a coesão social ou não? Na nossa opinião, sim. Nós queremos é que respeitem essa opinião ou que fundamentem seus argumentos em sentido contrário. Falar apenas em rebaixamento da qualidade é ofensivo à população brasileira, além de demonstrar uma profunda ignorância de quem diz.

.....  
 A universidade é um lugar de elite, ela forma as elites intelectuais, científicas, culturais, gerenciais... Não se trata de discutir se ela deve permanecer uma estrutura de elite ou não. Não há dúvida de que deve. O que se deve discutir é se essa elite deve ser originária quase exclusivamente das classes abastadas ou se deve ser composta por uma transversalidade na estrutura social, de modo a permitir que a sociedade se torne mais republicana e democrática. Nós esposamos a segunda opinião. Achamos que a universidade é uma estrutura de elite não no sentido da elite econômica, mas de formação de quadros referenciais para a sociedade, e que, para isso, ela tem de ter o seu acesso democratizado. Queremos que todas as classes sociais, grupos étnicos e culturais possam compartilhar dessa formação de elite.

O despacho do Ministro Nelson Jobim, em que me fundamentei para a manutenção da liminar, mereceu outra leitura. O que Sua Excelência pretendeu dizer, à ocasião, não foi da impossibilidade de fixação das cotas; apenas, negou a existência de base legal para que se coaja uma entidade de ensino à fixação de cotas, posto que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Daí não se há que deduzir que, sponte propria, a Universidade não possa, adotando uma política de inclusão, estabelecer percentuais para afro-descendentes ou para alunos oriundos de escolas públicas. Ao depois, tenho eu adotado a diretriz de emprestar efeitos imediatos aos direitos fundamentais garantidos na Constituição. A disposição que determina direito a uma vida digna não pode coabitar com a perenização das desigualdades.

De qualquer modo, o interesse particular não pode prevalecer sobre a política pública; ainda que se admitisse lesão a direito individual - que me parece ausente ante o fato de que o Impetrante conhecia a limitação, concorreu para cotas já predeterminadas -, não se poderia sacrificar a busca de um modelo de justiça social apenas para evitar prejuízo particular.

Alcança relevo, outrossim, o fato de que, quando da Impetração, sequer presente estava o interesse de agir, conforme bem consigna o ilustre Julgador a quo, verbis, p. 240:

Em síntese, o impetrante não tinha interesse processual quando do ajuizamento da demanda, pois, ainda que fossem afastados todos os cotistas aprovados com notas inferiores a sua no concurso vestibular, continuaria fora do certame pois havia outros 93 candidatos com notas superiores à sua, em número suficiente, portanto, para preencher a totalidade das vagas ofertadas pela UFPR para aquele curso. (fls. 155).

Muito embora o doutor Magistrado tenha levado em consideração fatos posteriores que ensejariam interesse processual, não se deve olvidar que o mandado de segurança exige, quando de sua impetração, prova pré-constituída; o que não coabita com interesse futuro, surgido durante a lide.

Em vista do exposto, voto no sentido de dar provimento ao agravo de instrumento, cassando a medida liminar impugnada.

É o voto.

**Des. Fed. LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON**

**Relator**

## ANEXO F

### **AValiação DO REITOR DA UFPR SOBRE O NOVO PERFIL DA UNIVERSIDADE PÓS-VESTIBULAR COM O SISTEMA DE COTAS**

10/01/2006 16:11

Perfil dos novos calouros demonstra mudanças positivas no processo de seleção. Os cursos de Matemática, Matemática Industrial e Estatística convocaram 388 candidatos para participar da 3ª fase estendida que acontece durante o primeiro semestre de aulas de 2006. Só após este período é que serão conhecidos os calouros efetivos que seguirão o curso normalmente.

Assim, 3918 calouros comemoraram sua aprovação na tarde desta terça, 10. Uma grande parte deles participou da festa que a UFPR, junto com o DCE, promoveu no gramado do Centro Politécnico. Foi ali, no auditório do 1º andar do prédio da Administração que o reitor Carlos Moreira Júnior e a equipe do Núcleo de Concursos - unidade da Universidade responsável pelo processo seletivo - fizeram uma análise sobre o perfil dos novos calouros, além de avaliar dados cruzados de 2003 e 2006 - o primeiro e o último processo seletivo da atual gestão.

Avaliação - Para o reitor os dados coletados nos questionários sócio-educacionais de 2003 a 2006 permitem que algumas hipóteses possam ser apontadas para avaliação das mudanças do processo seletivo efetivado em 2005 e dado continuidade em 2006. Para ele, os dados demonstram que a chance de estudantes de escola pública acessarem o ensino superior na Universidade Federal do Paraná está três vezes maior em 2006 do que era em 2003. Com a série de mudanças implantadas no vestibular do ano passado conseguimos visualizar nos dados apresentados pelo Núcleo de Concursos que diminuimos a desigualdade entre alunos de escola pública e escola particular no que se refere à concorrência por uma vaga. Ou seja, os alunos de escola pública estão, hoje, com mais chance de ingressar na UFPR do que tinham no processo seletivo do meu primeiro ano de gestão, explica.

Esses dados são demonstrados por índices como: alunos que cursaram integralmente escola pública no Ensino Médio e alunos que cursaram integralmente escola particular no Ensino Médio. No primeiro processo seletivo da minha gestão, em 2003, quando ainda não havíamos promovido nenhuma mudança e elas estavam em estudo, existia uma distância entre estes dois fatores - que representam um dos importantes fatores para se acessar a UFPR - de cerca de 60 pontos percentuais. Com os dados de 2006, segundo ano de implantação das mudanças no processo de seleção, esta diferença caiu para 12 pontos percentuais. Ou seja, estamos diminuindo a desvantagem do aluno de escola pública em competir por uma vaga, esclarece.

Desigualdades - Temos muito ainda o que avaliar e levar os dados coletados para o Conselho Universitário analisar. Mas o que temos em mãos nos mostra que a UFPR está no caminho certo para diminuir a desigualdade e permitir oportunidades iguais para todos em termos de acesso a universidade pública, enfatiza o reitor. Segundo ele, o conjunto de mudanças implantadas - sistema de cotas, processo seletivo em duas fases, provas no período da tarde, exigência de maior poder de discernimento e compreensão do candidato para resolver as questões da prova, tempo de prova, entre outras - podem ser avaliados como pontos positivos para as mudanças positivas que os dados estatísticos revelam. Claro que estes são os fatores que nós temos em mãos e não podemos avaliar todo um contexto. Podem existir outras variáveis, como por exemplo a melhora do nível dos candidatos da escola pública, que fogem a este conjunto de dados que possuímos.

Outros dados - Dos 46 104 candidatos inscritos no Processo Seletivo 2006, 3,95% eram cotistas raciais e 24,20%, cotistas sociais. Foram ofertadas 758 vagas em cada categoria de cotas, ou seja, 20% do total de vagas de cada curso foram destinadas às cotas sociais e outras 20% para as cotas raciais. Dos aprovados, 8,19% são das cotas raciais (353 calouros) - o que não preenche o número total de vagas ofertadas e



22,85% são das cotas sociais (984 calouros), ou seja, 226 calouros fizeram toda a sua vida escolar em escola pública mas passaram sem precisar utilizar o sistema de cotas.

Patricia Favorito Dorfman<sup>358</sup>

---

<sup>358</sup> Disponível em <<http://www.ufpr.br/adm/templates/index.php?template=3&Cod=1380>>. Acesso em: 07. jan. 2004.

## ANEXO G

## RECURSOS ADMINISTRATIVOS ENVOLVENDO A SELEÇÃO DA UFPR PÓS-COTAS

08/02/2006 14:56

### **UFPR analisa recursos de alunos aprovados por cotas**

Dos 1.111 calouros aprovados por cotas sociais e raciais no vestibular 2006 da Universidade Federal do Paraná, 44 não compareceram ao registro acadêmico e outros 82 não conseguiram comprovar as condições exigidas para ocupar as vagas das cotas. A maior parte, 52 são calouros por cotas sociais. Eles não conseguiram, no ato do registro acadêmico, comprovar a totalidade de seus estudos dos ensinos fundamental e médio na escola pública, como exige o edital do concurso vestibular.

De acordo com a avaliação do Núcleo de Acompanhamento Acadêmico, dos 52, 41 estudaram algum ano em escola particular – entre eles cinco que estudaram em escola filantrópica, um estudou em escola em outro País e 10 não conseguiram comprovar que a escola em que estudaram era pública. Destes 52, 29 calouros entraram com recurso para terem seu processo novamente analisado, muitas vezes complementando a documentação exigida.

**Dos 353 calouros aprovados por cotas raciais, 30 não tiveram seu processo de registro acadêmico aprovado pela comissão que realizava as entrevistas, ou seja, não conseguiram comprovar a condição de afrodescendentes. Todos estes calouros entraram com recurso na UFPR e os processos estão sendo analisados. Segundo a diretora do NAA, Rosana Albuquerque, os recursos estão sendo analisados. A comissão formada por representantes da comunidade e da própria Universidade são responsáveis por receber do calouro a declaração de próprio punho de que é afrodescendente e, em casos em que o principal tópico do edital do vestibular não é atendido – possuir traços da raça negra e que isso lhes cause algum tipo de discriminação e, desta forma, tenha direito a uma vaga pelas cotas raciais, a comissão indefere o processo de registro.**

Da classificação geral, apenas um aprovado não compareceu para o registro acadêmico e também está fora da UFPR. Uma nova chamada com as vagas dos desistentes será divulgada nesta sexta-feira, dia 10. A princípio 171 vagas serão colocadas nesta nova chamada, devendo ser menor caso os recursos sejam analisados e tragam a informações necessárias para o aceite do registro acadêmico do calouro.

Calendário Diferenciado - Pela primeira vez os calouros vão iniciar as aulas antes dos estudantes veteranos. Os aprovados no vestibular 2006 deverão se apresentar nas coordenações dos cursos a partir do dia 20 de fevereiro quando começa a semana do calouro com uma série de atividades. A programação inclui palestras, visita a laboratórios e uma série de explicações sobre o funcionamento da UFPR, programa dos cursos, perspectivas de estágio, de bolsas, entre outros aspectos.

O comparecimento dos calouros na semana de 20 a 24 de fevereiro é importante porque o estudante deve assinar a confirmação da vaga na secretaria da coordenação. Quem não comparecer perderá a vaga. A antecipação do calendário escolar para os calouros ocorreu para que possam ser recepcionados com mais atenção e tranquilidade. As aulas para os veteranos começam dia 6 de março.

Medicina - Os estudantes de Medicina também têm calendário diferenciado porque o currículo do curso prevê mais dias letivos do que os demais. As atividades para os estudantes dessa área começam dia 13 de fevereiro.

Patricia Favorito Dorfman<sup>359</sup>

<sup>359</sup> Disponível em <<http://www.ufpr.br/adm/templates/index.php?template=2&Cod=1415>>. Acesso em: 07. jan. 2007.

## ANEXO H

### BATALHA JURÍDICA PARA A IMPLANTAÇÃO DO VESTIBULAR DE COTAS DA UFPR<sup>360</sup>

AGU defende sistema de cotas raciais nas universidades

O desembargador Luiz Carlos de Castro Lugon, do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região suspendeu ontem (31/03) a liminar que permitia a matrícula de um estudante que não conseguiu se classificar no vestibular para garantir sua vaga na Universidade Federal do Paraná (UFPR). A liminar havia sido concedida pela 7ª Vara Federal de Curitiba para o estudante que alegava ter sido atrapalhado pelo Sistema de Cotas Raciais e Sociais da faculdade. A matrícula do aluno foi cancelada.

A defesa da União foi feita pelos procuradores federais da Procuradoria Regional Federal (PRF) da 4ª Região (RS), órgão vinculado à Advocacia-Geral da União (AGU), em parceria com a UFPR. No agravo regimental, as procuradorias federais defenderam que a universidade reserva 20% das vagas para a inclusão racial de estudantes afrodescendentes e 20% para estudantes que tenham cursado todo o ensino fundamental e médio em escolas públicas.

Além disso, consideraram que ao efetuar a inscrição no vestibular, o estudante já sabia dessas regras e não fez nenhum questionamento sobre o processo de seleção, quer administrativamente ou judicialmente. Outro argumento é que a política de cotas tem o apoio da União Nacional dos Estudantes (UNE).

Na decisão, o desembargador Luiz Carlos destacou que o interesse particular não pode prevalecer sobre a política pública, ainda que se admitisse lesão ao direito individual, que me parece ausente já que impetrante conhecia essa limitação.

---

<sup>360</sup> Disponível em <<http://www.agu.gov.br/agu.htm>>. Notícia publicada em 04/04/2005. Acesso em: 15. jan. 2007.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)