

## **Ação afirmativa aplicada ao acesso à educação superior**

**MÁRCIA SOLEDADE DO NASCIMENTO**

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS – Campus Uruguaiana  
Secretária de Diligências do MP/RS

### **1 – INTRODUÇÃO**

A ideologia dos direitos e liberdades fundamentais ganhou contornos definitivos e teve como marco as declarações da Virgínia de 1776 e a francesa de 1789. Essas declarações são fruto do desenvolvimento das burguesias européias que lutavam contra o antigo regime (que privilegiava a nobreza), por direitos de igualdade de tratamento pela lei e limitando o poder de intervenção estatal sobre os indivíduos. São os chamados direitos humanos de primeira geração, as liberdades fundamentais.

A consagração formal dos direitos de liberdade e igualdade não foi suficiente para aplacar os problemas sociais e econômicos agravados no decorrer do século XIX. Destas novas demandas surgiram os direitos fundamentais de segunda geração, que são direitos de cunho prestacional em que o Estado deve intervir positivamente para garantir a realização das liberdades materiais concretas.

Surge o Estado Social de Direito preocupado em garantir a todos os indivíduos a igualdade de oportunidades através de mecanismos que identificassem aqueles que eram socialmente desfavorecidos e por ações estatais de cunho positivo buscando mitigar as diferenças, promovendo a justiça social.

Nesta esfera estão situadas as ações afirmativas, adotadas pioneiramente nos Estados Unidos da América, com a pretensão de combater a violenta discriminação racial imposta aos afro-americanos pela política do *separate but equal*, após a abolição da escravatura.

A segregação racial oficial persistiu até a decisão *Brown v. Board of Education*, de 1954, que aboliu formalmente a segregação nos Estados Unidos. Logo após esse período, as lutas pelos direitos civis se intensificaram e reiteradas decisões da Suprema Corte em favor da discriminação inversa provocaram uma revolução no direito constitucional americano, com o experimento jurídico das ações afirmativas que se destinavam a combater de maneira efetiva a discriminação racial.

A implantação das políticas de ações afirmativas em primeiro momento significaram o rompimento da tradição estatal de garantir apenas a igualdade perante a lei, e ascensão do Estado como agente de transformação social pela tomada de providências no sentido de identificar as desigualdades sociais e combatê-las através de ações discriminatórias positivas.

O novo rumo adotado pelo direito constitucional americano no tratamento da discriminação racial não foi, e ainda não é pacífico, pois os privilégios por vezes concedidos às minorias, segundo seus opositores, provoca e acirra os ressentimentos entre brancos e negros, agravando o conflito racial e o preconceito, julgando as pessoas não por seus méritos, mas pela sua raça, possibilitando a seleção de pessoas despreparadas e prejudicando a auto-estima dos indivíduos de raça negra.

Muitas são as razões para se discutir as ações afirmativas, que em seu bojo trazem um dos dilemas da prática democrática atual, que é proporcionar a realização da vontade da maioria sem ferir os direitos daqueles que se encontram em posição de desvantagem representativa, seja qual for o motivo desta desvantagem, racial, sexual ou étnica. A democracia não legitima o preconceito, nem a discriminação, portanto, para o Estado Democrático de Direito a prática da discriminação é um atentado à própria democracia.

Oportuna é a definição do significado da prática discriminatória por Joaquim B. Gomes: “discriminação nada mais é do que insistir em apontar ou inventar diferenças, valorizar e absolutizar essas diferenças, mediante atividade intelectual voltada à legitimação de uma agressão ou um privilégio”.<sup>1</sup>

Serão discutidos a forma, os limites e a legitimidade do Estado de garantir a realização plena do princípio democrático da igual participação e da igualdade de oportunidades e seus reflexos sobre o indivíduo. O objeto principal deste trabalho é tentar abordar de forma concisa o princípio da igualdade substancial aplicado ao direito fundamental à educação, e as formas de acesso a um bem escasso – que é a educação superior – por todas às raças e camadas sociais componentes da população brasileira menos favorecida economicamente.

---

<sup>1</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001. p. 18.

## 2 – PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS

O princípio da isonomia é um princípio que da sua interpretação podemos extrair muitos significados e nuances, e por isso é necessário estudo mais detido. Um dos pilares de todo estado democrático é a garantia de tratamento isonômico para todos. O princípio da igualdade é o princípio limitador do Estado enquanto este é regulador das relações sociais através de suas três esferas de poder, executivo, legislativo e judiciário. Ao Estado é defeso criar leis ou dar tratamento diverso a situações ou indivíduos em situação semelhantes, nas palavras de Bandeira de Mello, “a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos”.<sup>2</sup>

Lembra Canotilho,<sup>3</sup> que a igualdade não se resume na aplicação da lei, também exige isonomia quanto ao seu conteúdo. Na elaboração da lei, o próprio legislador está vinculado a evitar que contenha, em sua essência, caráter discriminatório, sob pena do princípio da igualdade se reduzir a *princípio de prevalência da lei*, carecendo de efeito concreto sobre os indivíduos, que são os destinatários diretos do princípio igualitário. O conteúdo da lei é que deve ser observado pelo legislador e principalmente o impacto que produzirá sobre o indivíduo, considerando suas características individuais (manifestação do princípio da igualdade material). O problema da efetividade de princípio isonômico é estabelecer *quem são os iguais e quem são os desiguais*.

Podemos analisar se uma lei carrega um conteúdo discriminatório pelo impacto que produzirá sobre o indivíduo, se os encargos ou benefícios impostos por ela atingirão de maneira mais gravosa este ou aquele cidadão ou grupo social, embora equipare todos os cidadãos; o exemplo clássico de norma cujo seu conteúdo faz distinções quanto a seus destinatários são as leis fiscais, que devem diferenciar os contribuintes conforme sua capacidade de contribuição, por que seria nitidamente ofensivo ao princípio da igualdade a cobrança de um tributo equiparando todos os “contribuintes independentemente de seus rendimentos, encargos e da situação familiar”.

A compreensão e aplicação do princípio da igualdade formal em harmonia com a igualdade material possibilitou a evolução do Estado Liberal, para o Estado do bem-estar social. Compreendeu-se que a liberdade não estava garantida em sua plenitude se fosse apenas lei abstrata, tendo como destinatários a universalidade dos sujeitos, sem considerar as características individuais ou de grupos economicamente desfavorecidos ou etnicamente minoritários. Após constatação de que

<sup>2</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995. p. 10.

<sup>3</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional: e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Ed. Livraria Almerinda, 2002. p. 426/427.

certos grupos sociais, seja pela sua cor, classe social ou gênero não conseguiram exercer seus direitos em sua plenitude ou alcançar certas posições de prestígio na sociedade, buscou-se então, atingir a igualdade material através das ações positivas impostas pelo Estado.

A abstenção do Estado na esfera de autonomia do indivíduo e a punição às condutas discriminatórias se mostraram insuficientes para promover e assegurar a igualdade. Superado o conceito de igualdade apenas perante a lei, reconhecendo que os indivíduos naturalmente têm diferenças, alguns carecendo de maior proteção estatal, outros sendo menos dependentes, pouco ou nada seriam prejudicados pela desigualação no ordenamento jurídico em favor dos primeiros visando uma equiparação relacional, extraindo-se daí também, conteúdo de justiça social.

E mais, conforme explicação do jurista Luis Fernando Barzoto,<sup>4</sup>

[...] para ser considerado como portador de um direito de uma igualdade atual, absoluta ou proporcional, o indivíduo já deve ser considerado como igual em um sentido mais básico. Assim, observando a Constituição, no seu art. 203, caput, introduz um mecanismo de justiça distributiva, “a assistência social será prestada a quem dela necessitar”, o critério de necessidade, que conduz a desigualdade na destinação de recursos públicos (um receberá, outro não), foi feito a partir de uma igualdade básica: a pertença à comunidade política brasileira. Dentro desta é que se opera a diferenciação a partir da necessidade. Assim, cidadãos necessitados e cidadãos não-necessitados, iguais quanto à cidadania, são distinguidos conforme a necessidade.

O conteúdo do princípio da igualdade está estreitamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, no horizonte de que a “pessoa humana é digna, merecedora de todos os bens necessários para realizar-se como ser concreto, racional e social”.<sup>5</sup> A igualdade material será alcançada na medida em que cada pessoa receba conforme a sua necessidade, mais claramente, se sua condição social é de desfavorecimento econômico, físico, de gênero ou cor historicamente discriminada, esta pessoa certamente necessitará de maior atenção do poder estatal.

É perfeitamente possível desigualar os indivíduos sem que isso venha a ferir o princípio da igualdade, mas como instrumento diametralmente de realizar o oposto, de igualar através da diferenciação. A discriminação é necessária e desejável se o seu objetivo e conteúdo tenham caráter de justiça e garantam o equilíbrio entre os bens sacrificados. O principal problema desta afirmação é estabelecermos os limites desta desigualação, como nos coloca Bandeira de Mello,<sup>6</sup> “é preciso indagar quais as discriminações juridicamente intoleráveis”.

<sup>4</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista do Ministério Público*. Porto Alegre, v. 1, n. 50, p. 19/56, 2003.

<sup>5</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista do Ministério Público*. Porto Alegre, v. 1, n. 50, p. 19/56, 2003.

<sup>6</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995. p. 11.

A desigualação jurídica encontra limites na medida em que servir para prejudicar gratuita e injustificadamente os indivíduos e afronte as finalidades do preceito igualitário reconhecido na ordem jurídica vigente. Afrontar o preceito igualitário significa também discriminação por impacto desproporcional, ou seja, afrontará o preceito constitucional, mesmo que este não seja o propósito, toda a lei ou política social que indiretamente venha a onerar, prejudicar uma categoria de indivíduos.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 impõe em seu artigo 5º, XLI, uma limitação à discriminação positiva nos seguintes termos “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, qual seja, qualquer discriminação ainda que benéfica a determinado indivíduo e/ou grupo terá que respeitar os direitos e liberdades fundamentais garantidos a totalidade da população. A conduta punível, ilegal e reprovável será vislumbrada quando ocorrer violação gratuita e injustificada a direitos elementares da pessoa humana; respeitados esses limites, a desigualação e distinção entre situações enfrentadas pelos indivíduos é aceitável constitucionalmente.

As ações afirmativas são uma forma de discriminação, desigualação e desequiparação usadas como meio de atingir uma maior igualdade, através de critérios discriminatórios como raça, sexo ou cor, com o objetivo de favorecer os indivíduos que tradicionalmente foram prejudicados pela discriminação. Então, o que outrora era usado como fator de inferiorização de obstáculo a certa categoria minoritária, atuará como justificativa ao direito de tratamento diferenciado visando corrigir essas desigualdades tendo como consequência uma maior igualdade de oportunidades. Significa também que os mais e mais variados tipos de pessoas terão condições de competir com a classe e gênero tradicionalmente dominante.

Essas políticas tiveram origem nos Estados Unidos. Após a Segunda Guerra Mundial houve sensível migração de afro-americanos, que estavam concentrados no sul do país, para o norte, encontrando melhores condições de trabalho e vida, mas ainda assim continuavam relegados a uma posição de marginalização social e econômica. Com intuito de mitigar essas diferenças e combater a violenta discriminação racial sofrida pelos afro-americanos foi implantado esta forma radical e inovadora de política antidiscriminatória, denominadas ações afirmativas que podem ser definidas como,

[...] um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas em vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação do passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e emprego.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001. p. 40.

Com efeito, na mesma obra Gomes reconhece nas ações afirmativas uma forma de “concretização de um objetivo constitucional consagrado universalmente que é a busca de efetivação da igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito”. Concebidas inicialmente como forma de combate à segregação racial, as ações afirmativas foram estendidas às relações de gênero e aos portadores de deficiências.

## 2.1 – Ação afirmativa e as relações de gênero

Conforme pesquisa apresentada na obra de Eduard Telles,<sup>8</sup> as diferenças de escolaridade entre homens e mulheres é quase insignificante no Brasil, assim como nos Estados Unidos. A qualidade da educação recebida por ambos os sexos em geral nos países são bem próximos, assim como o desempenho e aproveitamento.

Significa que a discriminação em relação às mulheres, no mundo ocidental diminuiu consideravelmente, mas os salários pagos a homens e mulheres em média são dispares e neste ponto a discriminação se manifesta com todo vigor de séculos de repressão e domínio.

A discriminação de gênero foi definida na Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher como sendo:

Art. 1º – Toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenha por objetivo ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo, exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.<sup>9</sup>

A discriminação de gênero é alvo de discussão emblemática nas decisões *Mississippi University for Women v. Hogan* e *United States v. Virginia*. Ambos os casos tratam sobre as relações de ensino e o tratamento discriminatório dado às mulheres e reproduziam uma situação que procurava perpetuar o status de inferioridade social econômica da mulher.<sup>10</sup>

Outros exemplos como o caso *Price Waterhouse v. Hopkins* e o caso *Johnson v. Transportation Santa Clara County*, são exemplos de discriminação nas relações de emprego em que os estereótipos sexistas vieram à tona, pois em ambos os casos as avaliações aplicadas não deixaram dúvida acerca das capacidades e competência das candidatas a promoção, o que determinou a rejeição das candidaturas foram as

<sup>8</sup> TELLES, Edward. *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003. p. 198.

<sup>9</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001. p. 19.

<sup>10</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001. p. 119/128.

impressões subjetivas dos avaliadores no caso *Price* e no caso *Johnson* a desconsideração da empresa pela situação de subrepresentatividade que encontravam-se as mulheres nos cargos de chefia.

No caso *Johnson*, a promoção foi revista em benefício da candidata Joyce. Ambos os casos foram levados a conhecimento da Suprema Corte, nos quais foram decididos em favor da implementação de ações favoráveis a promoção da mulher no mercado de trabalho, procurando compensar o histórico desequilíbrio entre os gêneros nas posições de comando nos quadros de ambas as empresas.

Em alguns casos a diferenciação na ocupação de postos de trabalho baseada em gênero é legítima, como por exemplo a exigência de sexo feminino para exercer vigilância em presídios femininos ou vestiários femininos e/ou atividade em que o elemento força seja imprescindível e insubstituível. Mas ressaltamos, que toda a diferenciação baseada em gênero terá que ser justificada e fundamentada em razões objetivas, que não propiciem margem a discriminação arbitrária e ilegal.

No Brasil, grande salto no combate a discriminação de gênero foi dado na promulgação da Constituição Federal de 1988, em diversos dispositivos que reforçam a igualdade entre homens e mulheres perante o ordenamento jurídico. Mas deve-se à Lei n. 9100/95 e posteriormente à Lei n. 9504/97, a introdução no direito brasileiro do debate em torno das ações afirmativas. As mencionadas legislações estabelecem cotas mínimas de candidatas mulheres, visando aumentar a participação feminina na vida política nacional.

Com efeito, nas eleições de 1996 verificou-se um aumento de 110% no número de vereadoras eleitas em relação às eleições municipais anteriores. Esses dados apresentados no estudo de Eduard Telles<sup>11</sup> revelam que o objetivo de inserir a mulher no cenário político nacional está sendo alcançado, sem que isso tenha aumentado a tensão entre mulheres e homens.

## 2.2 – Ação afirmativa e os portadores de deficiência

Por definição aos portadores de deficiência falta pelo menos uma das aptidões que as pessoas normais possuem, significando a limitação para a realização de algumas tarefas e desempenho de algumas profissões. Essas características não justificam serem os seus interesses tratados com menor consideração que o restante dos indivíduos. Assim, não é justificável que persista a discriminação nas situações em uma deficiência específica da pessoa não afete o seu desempenho no emprego ou profissão que escolher.

<sup>11</sup> TELLES, Edward. *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003. p. 284.

A Constituição Federal, visando concretizar ideal de igualdade previu em seu artigo 7º, inciso XXXI, a proibição de tratamento discriminatório no tocante a salários e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. Neste dispositivo constitucional está claro a intenção do constituinte brasileiro de promover e integrar o portador de deficiência ao no mercado de trabalho, e ainda no artigo 37, inciso VIII, prevê expressamente a reserva de vagas para deficientes físicos na administração pública, autorizando expressamente a utilização das ações afirmativas.

As legislações posteriores à CF/88, buscaram regular essas medidas protetivas, estabelecendo reserva de vagas aos portadores de deficiência nas entidades da Administração Pública, prevendo, no caso da Lei 8.112/90, no § 2º, do art. 5º, a reserva de até 20% das vagas oferecidas em concursos públicos, desde que haja compatibilidade com a deficiência. A Lei 8.213/91, fixou cotas para os portadores de deficiência no setor privado, em seu artigo 93. Posteriormente a Lei 8.666/91, já dispôs acerca da inexigibilidade de licitação para contratação de associações filantrópicas de portadores de deficiência.

As ações afirmativas como forma de proteção ao mercado de trabalho dos portadores de deficiência já estão inseridas no direito brasileiro e são aceitas como forma de promoção do princípio da igualdade material, como observa Joaquim Barbosa Gomes,<sup>12</sup>

[...] a destinação de um percentual de vagas no serviço público aos deficientes físicos não viola o princípio da isonomia. Em primeiro lugar, por que a deficiência física de que essas pessoas são portadoras traduz-se em uma situação de nítida desvantagem em seu detrimento, fato este que deve ser devidamente levado em conta pelo Estado, no cumprimento do seu dever social de implementar a igualdade material. Em segundo, porque os deficientes físicos se submetem aos concursos, públicos, devendo necessariamente lograr aprovação.

Com se observa, no ordenamento jurídico brasileiro as ações afirmativas já são aceitas como forma mais eficaz de promoção ao mercado de trabalho do portador de deficiência, como fica caracterizado nas legislações supra mencionadas nesta seção.

### 3 – AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO DIREITO NORTE-AMERICANO E BRASILEIRO

O caso *Brown v. Board of Education* encerrou legalmente a aplicação da doutrina, abraçada até então pelo direito norte americano, do *separate but equal*, adotado no caso *Plessy v. Ferguson* pela Suprema Corte, em 1896. A decisão *Brown v. Board of Education* não foi, como se sabe, um acontecimento isolado e seus desdobramentos posteriores se mostraram limitados.

<sup>12</sup> GOMES, Joaquim Barbosa. *O debate constitucional sobre as ações afirmativas*, <http://www.uerj.br>



Após a comentada decisão *Plessy v. Ferguson*, o que se assistiu na sociedade americana foi uma “legitimação” da discriminação racial amparada – segundo os defensores da doutrina segregacionista – pela cláusula da igual proteção perante a lei, prevista na XIV Emenda Constitucional. Todos mereciam igual proteção das leis.

A decisão *Plessy v. Ferguson* versava acerca da polêmica levantada na época a respeito do acesso dos negros aos mesmos lugares freqüentados pelos brancos, na qual a Suprema Corte decidiu que era perfeitamente aceitável e legal que negros e brancos fossem separados no transporte ferroviário, desde que as acomodações fossem iguais para ambos os grupos,<sup>13</sup> decisão esta, que serviu de parâmetro e fundamento às decisões posteriores, permitindo que o acesso a escolas públicas freqüentados por brancos fosse negada à população negra constantemente, assim como o mercado imobiliário era restrito em relação à população negra, formando-se uma sociedade em que negros e brancos mantinham o mínimo de contato e convivência entre si, coexistindo duas sociedades paralelas, num mesmo país.

Em 1949, no caso *Sweatt v. Painter*, novamente a Suprema Corte decidiu com base na doutrina segregacionista, que o Estado do Texas poderia oferecer aos negros instalações “separadas, mas iguais”. Ocorre que foi criada uma faculdade de direito exclusivamente para negros, mas segundo interpretação da Suprema Corte, não era de maneira nenhuma igual àquela oferecida aos brancos, o que violaria os direitos do postulante garantidos pela Cláusula de Igual Proteção prevista na XIV Emenda.

A interpretação dada ao caso pela Suprema Corte foi que a única violação existente foi cometida pelo Estado do Texas ao não oferecer aos negros, no sentido material, uma escola de direito, equivalente a dos brancos. Nesta época a noção de que todo o indivíduo tinha direito a igual tratamento, recebendo de maneira abstrata a distribuição equânime de alguma oportunidade, encargo ou benefício – ainda que esta distribuição não causasse alguma melhora ao bem-estar geral – era suficiente para considerar essa prática legal.

Mas ainda não havia sido questionado, segundo aponta Dworkin acerca do direito a ser tratado como igual que é “o direito, não a receber a mesma distribuição de algum encargo ou benefício, mas de ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa”.

A discriminação e a segregação racial, ainda nesta época eram aceitas pelo Estado Americano como compatíveis com a cláusula de igual proteção, conquanto se alcançasse aos negros os mesmos direitos num sentido abstrato do direito de igualdade. Mas durante este período histórico

<sup>13</sup> MINHOTO, Antônio Celso Baeta. Princípio da igualdade. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 42, p. 310/329, jan-mar. 2003.

a comunidade negra já havia levado à conhecimento da Suprema Corte várias demandas envolvendo, na maioria das vezes oportunidades educacionais, forçando reiteradas vezes ao questionamento da teoria segregacionista, acirrando os debates em torno da questão racial.

No ano de 1951, teve início a batalha judicial que teve efeito profundo e perturbador sobre a sociedade americana. Oliver Brown, negro, tentou matricular sua filha de sete anos, Linda Brown, em uma escola primária freqüentada apenas por crianças brancas, que ficava perto de sua casa, na cidade de Topeka, estado do Kansas. A matrícula foi negada. Juntamente com outros doze autores, que representavam seus filhos, Brown, apoiado pela Associação Nacional para o Progresso das Pessoas de Cor (NAACP), deu início a uma ação judicial questionando o sistema de escolas segregadas vigente na época.

O Tribunal Federal de Primeira Instância de Kansas, em 28 de fevereiro de 1951, proferiu decisão favorável à Secretaria de Educação do Kansas, seguindo orientação do caso *Plessy v. Ferguson*. Os autores apelaram da decisão levando o caso a conhecimento da Suprema Corte. O caso *Brown* foi combinado com outros processos que discutiam a segregação nas escolas, em vários estados. Em decisão unânime, foi declarada, em 17 de maio de 1954, a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas.

A decisão *Brown v. Board of Education*, de 1954, teve seus efeitos limitados porque a decisão de dessegregação no transporte escolar e outros serviços prestados pelo poder público, foi largamente descumprida pelos estados do sul, tradicionalmente racistas, mas teve efeito sobre a comunidade negra de conscientização e organização para que lutassem pelo fim efetivo da segregação nas escolas, transportes públicos e outros setores fortemente conservadores do sul do país.

O poder público não estava mais amparado pela lei ao negar igual consideração aos interesses da população negra, reconhecendo no direito a educação um direito essencial a ser garantido pelo Estado, e possuindo a função de integrar as populações antes apartadas pelas diferenças raciais e conseqüentemente sociais.

Protestos e conflitos se intensificaram por todo o país nas décadas de cinquenta e sessenta, conseguindo apoio da opinião pública favorável às reivindicações dos negros, resultando na edição da Lei dos Direitos Civis de 1964, ratificada pelo Presidente americano, na época, Lyndon Johnson.

No decorrer das décadas de sessenta e setenta os esforços governamentais em integrar a população negra no mercado de trabalho e oportunizar o ingresso destes nas faculdades de prestígio como direito e medicina, evidenciou um esforço afirmativo do governo e das instituições de ensino superior, que passaram a reconhecer que tinham um papel a desempenhar na educação de estudantes oriundos das minorias.

As universidades implantaram formas de ingresso que facilitassem o ingresso de minorias em “desvantagem educacional e econômica”, e na escola de medicina da Universidade da Califórnia não foi diferente: das cem vagas oferecidas, dezesseis foram reservadas aos estudantes negros ou integrantes de outras minorias.

Allan Bakke, 33 anos, branco, candidatou-se a uma das oitenta e quatro vagas restantes, foi rejeitado e moveu uma ação judicial contra Universidade de Davis. O Supremo Tribunal da Califórnia ordenou que a escola de medicina o admitisse, uma vez que a demandada não conseguiu provar que Allan Bakke teria sido rejeitado se as dezesseis vagas não estivessem destinadas às minorias.

O Supremo Tribunal da Califórnia, ao acatar a argumentação de *Bakke*, de que seus direitos constitucionais foram violados, determinou que a Universidade de Davis não mais levasse em conta critérios raciais explícitos na escolha de candidatos às vagas oferecidas à minorias.

Essa proibição para muitos foi considerada hipócrita e impraticável; se o objetivo almejado pela Universidade era aumentar o número de estudantes negros, como não levar em conta o critério racial de maneira explícita?! Esta recomendação causou incerteza quanto ao futuro das políticas de ações afirmativas que estavam em vigor em grande número de universidades e instituições de nível superior nos Estados Unidos.

A Universidade de Davis recorreu à Suprema Corte inconformada com a ordem de admissão de Allan Bakke e principalmente postulando a revogação da proibição de levar em consideração o critério raça sob qualquer circunstância. Boa parte das instituições de nível superior, que na época já contavam com os programas de ações afirmativas, atuaram como *amicus curiae*<sup>14</sup> objetivando a modificação da decisão proferida pelo Tribunal Californiano, sob o argumento de que “se não forem livres para usar critérios raciais explícitos em seus programas de admissão, serão incapazes de cumprir o que consideram ser suas responsabilidades para com a nação.”<sup>15</sup>

A Suprema Corte ratificou a ordem de admissão de *Bakke* aceitando o argumento de que o recorrido havia sido prejudicado em seus direitos individuais de ser tratado sob a égide da cláusula da igual proteção e como indivíduo deveria ter sido considerado, por seus méritos intelectuais e individuais, e não como membro de um grupo ou integrante de uma “maioria”.

---

<sup>14</sup> A expressão *amicus curiae* significa literalmente amigo da corte. Ocorre quando alguma entidade ou pessoa, que não sendo parte no processo, tem interesse relevante na matéria a ser decidida, e, com autorização do juiz, do tribunal ou ainda das partes, junta seu parecer aos autos, indicando a decisão que acha ser a correta. Esse tipo de manifestação é muito comum no direito norte-americano.

<sup>15</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 1. ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2001. p. 438.

Mas a proibição do uso do critério de raça estabelecido pelo Tribunal da Califórnia foi derrubado pela Suprema Corte sob o seguinte argumento, o Estado Americano por circunstâncias históricas tem interesse crucial que o direito a educação seja estendido as todas as minorias e um programa de admissões elaborado envolvendo a consideração competitiva da raça e de origem étnica é vital para a correção de injustiças e discriminações sofridas por essas populações.

O sistema de admissões da Universidade de Davis foi considerado ilegal pelo Ministro Powell,<sup>16</sup> porque os candidatos que não eram negros, asiáticos ou americanos de outra ascendência estavam excluídos de uma percentagem específica de vagas na turma ingressante. Não importando o quão forte sejam as suas qualificações, quantitativas e extracurriculares, incluindo o seu próprio potencial de contribuição à diversidade educacional, a eles não foi concedida a chance de competirem com os candidatos de grupos preferenciais para as vagas de admissão especial.

Mas os outros quatro Ministros, Brennan, White, Marshall e Blackmun, pouco esclareceram acerca da legalidade do sistema usado por Davis, apenas limitaram-se a dizer que o fator raça poderia ser usado como critério a integrar os sistemas de admissão utilizados pela Universidade, e com isso formaram a maioria de cinco votos favoráveis ao uso do fator racial. A decisão do tribunal inferior foi revertida neste aspecto.

Todavia, a discussão levantada por *Bakke*, quanto à legalidade do processo de admissão adotado por Davis, foi pouco discutida pelos quatro Ministros, mas expressaram opinião divergente do entendimento do Ministro Powell. Acerca do critério racial transcrevemos parte do voto dos Ministros Brennan, White, Marshall e Blackmun:

Em 1968 e novamente em 1971, por exemplo, fomos forçados a relembrar às diretorias das escolas a sua obrigação de eliminar radicalmente a discriminação racial. Uma olhada em nossa pauta e nas pautas de tribunais inferiores mostrará que, mesmo hoje, a discriminação oficialmente sancionada não é uma coisa do passado. Nesse contexto, reivindicações para que a lei seja "cega à cor" ou para que informações raciais não mais sejam relevantes à política pública devem ser vistas como aspirações e não como retrato da realidade. Com isso não se pretende minimizar a aspiração. Simplesmente, a realidade nos deixa claro que o fator racial tem sido muito freqüentemente usado por aqueles que estigmatizam e oprimem as minorias.<sup>17</sup>

Ainda, em outro trecho do voto redigido em conjunto pelos Ministros, manifestam-se acerca do programa de admissão adotado por Davis:

<sup>16</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001. p. 274.

<sup>17</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001. p. 282.

O programa de Harvard, como aqueles que o empregam prontamente admitem, utiliza abertamente e com sucesso um critério racial, com o fim de assegurar que algumas vagas escassas em instituições de educação avançada sejam alocadas a estudantes advindos de grupos minoritários desfavorecidos. O fato de o critério adotado por Harvard não tornar pública a extensão da preferência e dos precisos mecanismos do sistema, enquanto o programa de Davis emprega um número específico e público de vagas reservadas, não condena este último plano perante a Décima Quarta Emenda.<sup>18</sup>

O critério adotado por Harvard, não estabelecia uma cota rígida para recrutar estudantes que considerava em situação de desvantagem racial, econômica ou étnica, apenas, como explica o Ministro Powell,<sup>19</sup> nesse programa de admissão “o fator racial ou étnico pode ser considerado um ‘plus’ (um fator positivo), no dossiê de um determinado candidato, todavia ele não isola o indivíduo da comparação com todos os outros candidatos”. Era um sistema flexível, que permitia a variação da quantidade de candidatos admitidos pelo programa especial.

O sistema utilizado por Davis estabeleceu cotas rígidas, seus objetivos eram claros e francos, pois não deixaram dúvidas de quem era o público alvo, mas o programa restringia a participação, na prática, aos grupos considerados majoritários as oitenta e quatro vagas, ao passo que os grupos minoritários poderiam candidatar-se as cem vagas existentes. Então, haverá fatalmente neste último método prejuízo a algum candidato branco, pois não fosse o sistema de cotas, talvez Bakke tivesse sido admitido.

Por outro lado o sistema adotado por Harvard, citado reiteradamente no voto do Ministro Powell, como modelo de sistema em acordo com a Constituição, também neste sistema, em que o critério raça será inevitavelmente usado, algum candidato branco perderia a vaga, então o dano sofrido por Bakke ou qualquer outro candidato será o mesmo em qualquer dos sistemas, cotas ou flexível. A discussão acerca da constitucionalidade do método utilizado pela Universidade de Davis não de todo foi enfrentada pela Suprema Corte, na época.

Recentemente, no ano de 2003, o sistema de admissão de universitários da Faculdade de Direito da Universidade de Michigan, foi objeto de decisão da Suprema Corte, no caso *Grutter v. Bollinger*. Por maioria de 5 votos, a Corte decidiu que o interesse estatal em promover a diversidade educacional legítima o interesse da universidade de alcançar uma “massa crítica de minorias”, e que a importância da manutenção das políticas de ações afirmativas não reside mais na justificativa de que é preciso existir uma compensação ou redistribuição, mas de que a diversidade racial garante um melhor aprendizado entre os alunos,

---

<sup>18</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001. p. 295.

<sup>19</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001. p. 272.

tornando-os mais tolerantes a diversidade. A raça nesse caso foi considerado como mais um fator, um “plus” na análise dos candidatos.

Em decisão pronunciada no mesmo dia, no julgamento do caso *Gratz v. Bollinger*, por maioria de 6 votos, o sistema de admissão de calouros da Universidade do Michigan para os cursos de literatura, ciências e artes, foi desta vez rejeitado pela Suprema Corte, uma vez que atribuía 20 pontos para os integrantes de minorias, numa escala de 150 pontos, o que resultaria, segundo asseverou o Ministro Rehnquist, “na admissão de quase todos os candidatos integrantes de minorias, em detrimento de vários outros estudantes qualificados, o que demonstra a ausência de uma seleção individualizada, conforme preconizado pela decisão do caso *Bakke*”.<sup>20</sup> Neste caso a raça não constituía apenas um “plus”, mas critério determinante na admissão do candidato, tornando a seleção mecânica e não-individualizante.

As decisões dos casos *Michigan* confirmaram o entendimento da Suprema Corte de que toda a consideração oficial acerca de raça deve passar pelo “*standard*” judicial do “*strict scrutiny*”, ou seja padrão judicial de escrutínio estrito,<sup>21</sup> o que na prática dificulta a aprovação da maioria dos programas preferenciais baseados na raça, sendo que o interesse estatal em manter essas políticas devem ser provados e balizados de maneira a atingirem tal fim.

No Brasil as ações afirmativas tiveram visibilidade por ocasião da utilização da modalidade de cotas raciais no concurso vestibular do ano de 2003, na Universidade Estadual do Rio de Janeiro, onde foram reservadas aos negros e pardos cotas de 40% das vagas e 50% para estudantes egressos de escolas públicas, através das Leis Estaduais n.º 3.524/00 e n.º 3.708/01.

A lei proposta pelo ex-governador do Rio de Janeiro, Anthony Garotinho, previa a reserva de 50% das vagas para estudantes de escolas

---

<sup>20</sup> Trecho retirado do texto *Justices Back Affirmative Action by 5 to 4*, publicado por Linda Greenhouse, em 24 de junho de 2003, no jornal *The New York Times*. Trad. José Garibaldi Evangelho Simões Machado.

<sup>21</sup> Transcrevemos o oportuno esclarecimento de Joaquim Barbosa Gomes acerca das expressões referidas no texto (2001, p. 106), *standards* são técnicas jurisdicionais utilizadas pela Suprema Corte julgar cada tipo de matéria. *Nos litígios compreendidos no campo temático dos “Civil Rights”, ou seja, que envolvem questões pertinentes ao direito de minorias, às ações afirmativas, ou que impliquem algum tipo de classificação suspeita, são os seguintes os “standards” de julgamento utilizados pela Corte: a) o mais brando é o da “rational basis test” – “critério racional” ou “critério de bases racionais. Segundo esse standard, para que a Corte declare legítima uma determinada “classificação” racial, é preciso apenas que o órgão governamental proponente da medida contestada demonstre que a dita classificação é “racionalmente relacionada” a um legítimo interesse governamental; b) o Standard intermediário, também conhecido por “intermediate scrutiny” e por “significant government interest test”, requer uma demonstração por parte do Governo de que a classificação racial adotada no programa em causa tem por base um “significativo interesse governamental”, e que a medida proposta seja “substancialmente relacionada” a esse interesse. c) Já o critério mais rigoroso, o “strict scrutiny test”, exige do Governo a demonstração de que a classificação racial em que se baseia o programa tenha como fundamento um “interesse governamental imperativo”, e que o programa tenha sido “estritamente desenhado” para satisfazer tal interesse.*

públicas. Em discussão do projeto na Assembléia Legislativa, foi aprovado também a reserva para negros e pardos de 40%. Para não comprometer 90% das vagas, decidiu-se incluir as cotas raciais na parcela destinada aos alunos de colégios públicos, caracterizando, de certa maneira uma cota social.

Tendo em vista que as leis supramencionadas causaram polêmica acerca do percentual das vagas destinadas às minorias, a Lei Estadual n.º 4.151/2003, veio para estabelecer novas regras no sistema de cotas das universidades do estado do Rio de Janeiro, destinando 20% das vagas para negros; 20% para estudantes oriundos da rede de ensino público e 5% para pessoas portadoras de deficiências físicas. As cotas são válidas para todos os cursos de graduação.

Tal iniciativa foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, movida pela Confederação Nacional de Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN. A ADI nº 3.197-0, ainda não foi julgada, mas a Universidade de Brasília – UnB e a Universidade da Bahia – UneB, programas de admissão preferencial já estão em fase de implementação, nos moldes numéricos do sistema da Universidade Estadual do Rio de Janeiro.

A despeito do questionamento levantado pelas cotas estabelecidas pela UERJ, o conselho universitário da Universidade Estadual de Campinas decidiu implantar, já no concurso vestibular do ano de 2005, um sistema de admissão preferencial baseado em pontuações atribuídas a estudantes egressos do ensino médio público e também àqueles que se auto-identificarem como negros, pardos e indígenas. Essa modalidade de ação afirmativa não estabelece uma reserva de vagas pré-estabelecidas. A quantidade de beneficiários poderá variar conforme o desempenho das médias de todos alunos durante o processo de seleção.

#### 4 – OBJEÇÕES À DISCRIMINAÇÃO COMPENSATÓRIA

A ação afirmativa é uma forma radical de promoção da igualdade, que muitas vezes sacrifica direitos do indivíduo, em nome do direito ao acesso a bens escassos – como por exemplo o ensino superior – ao maior número de pessoas que estejam em desvantagem econômica ou étnica perante a “maioria.” As objeções e contradições contidas nas políticas de cotas raciais, especialmente, são relevantes e fortes para não serem consideradas numa eventual equalização do princípio da igualdade substancial *versus* direito individual.

A primeira objeção a ser apresentada é que a ação afirmativa julga as pessoas por sua raça e não por seus méritos. Ao serem concedidas vantagens nas seleções para ingresso nas universidades ou empregos, com base no critério de raça, estar-se-ia prejudicando aqueles que se sobressaíram em testes de aptidão ou que estavam melhor preparados.

Um dos argumentos utilizados por *Bakke*, foi que “todo indivíduo tem o direito constitucional de não sofrer desvantagem, pelo menos na competição por algum benefício público, porque a raça, religião ou seita, região ou outro grupo natural artificial ao qual pertença é objeto de preconceito ou desprezo”.<sup>22</sup>

Na aplicação da ação afirmativa certamente a classificação racial irá em algum momento prevalecer sobre o mérito, excluindo o concorrente que não pertence, na ocasião, à categoria a ser protegida pelo sistema de admissão privilegiada. A consequência imediata será a distribuição desigual de um bem, como por exemplo a educação superior, considerando o critério aceito como justo em nossa sociedade – brasileira, e também a americana -, que é o mérito, é qual compreende o bom preparo educacional e a inteligência.

Segundo a noção de “mérito”, a ação afirmativa prejudica aqueles alunos que estão melhor preparados, em detrimento das minorias, como ocorreu no caso *Bakke*. Portanto se vislumbra nesta objeção, uma violação presente na Cláusula de Igual Proteção no direito americano e na Constituição Federal brasileira, em seus artigos 3º, inciso IV e artigo 5º, *caput*, que asseguram o direito de igualdade e não discriminação sob qualquer forma.

Ao privilegiar um sistema de cotas, as escolhas recairão sobre as minorias que tradicionalmente enfrentam maiores obstáculos à mobilidade social, então o Estado, com esta atitude estaria promovendo algo extremamente positivo à estas populações, mas, por outro lado, estaria, segundo opositores das cotas raciais, prejudicando aqueles melhor preparados e que conseqüentemente apresentariam melhor rendimento durante o curso universitário, apenas por não pertencerem ao grupo social teoricamente mais necessitado e/ou historicamente prejudicado pela “maioria” dominante.

No Brasil, segundo argumento apresentado por Barzotto, acerca da utilização das ações afirmativas, o ensino superior é regulado pelo artigo 208, inciso V, da CF/88, onde se extrai o seguinte conteúdo: “*acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e criação artística, segundo a capacidade de cada um*”. *Verifica-se que no final do artigo, há uma regra de distribuição do bem “participação nos níveis mais elevados de ensino”: a cada um segundo a sua capacidade.*<sup>23</sup>

Para o jurista suprarreferido, o ensino superior não foi elevado pela Constituição Federal brasileira, à categoria de *direito subjetivo público*,<sup>24</sup> como foi reconhecido ao ensino fundamental e médio, pela sua essencialidade, direito de todos e dever do Estado de assegurar esse direito a

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 1. ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2001. p. 448.

<sup>23</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista do Ministério Público*. Porto Alegre, v. 1, n. 50, p. 19/56, 2003.

<sup>24</sup> Segundo afirma Barzoto, o ensino superior não faz parte daquilo que a sociedade brasileira considera como indispensável à plena realização do ser humano, portanto não é devido a todos.



todos. O direito ao ensino superior segundo sua interpretação é limitado *somente àqueles que demonstrarem a capacidade para aproveitá-los. O direito ao ensino superior é, assim, um direito social de justiça distributiva, regulado pelo critério: “a cada um segundo a sua capacidade”*. Em síntese, aponta Barzotto, no Brasil, o Estado deve proporcionar “a todos as condições – ensino básico e ensino médio, públicos, gratuitos e de qualidade – para que cada um possa desenvolver plenamente suas potencialidades e capacidades para ingressar no nível superior de ensino”.

O sistema de cotas fere, como foi explicitado anteriormente, o sistema de mérito vigente, sendo entendido como medida compensatória de injustiças sociais sofridas no passado, buscando indenizar os membros das populações que sofreram ou ainda sofrem discriminação racial, sexual ou étnica. Esta medida compensatória é vista por seus opositores, como política indenizatória, que acaba por reduzir o cidadão à condição de vítima dos outros membros da sociedade, e por isso merece ser indenizado, independentemente de seus méritos pessoais, mediante facilitação no acesso ao ensino superior, sem que isso seja resultado do esforço próprio, de demonstração de mérito.

Como conseqüência, este indivíduo “premiado”, será visto pelos demais como incapaz de progredir por conta própria, reforçando-lhe o sentimento de inferioridade, causando nos demais – que não foram beneficiados com essa vantagem competitiva – sensação de injustiça e ressentimento, pois aqueles que estavam teoricamente melhor preparados, formam preteridos em nome da reparação uma injustiça histórica, da qual diretamente não são culpados, mas ainda assim terão que arcar com seus custos.

Outro argumento contrário à implementação da ação afirmativa, que também é conseqüência das objeções anteriores, é o aumento dos ressentimentos entre brancos e negros, e da consciência racial, uma vez que passam a concorrer diretamente por bens, como a educação superior, e tendo os negros uma “vantagem” assegurada no processo de seleção de ingresso, fatalmente candidatos brancos serão eliminados da competição, ainda que sejam considerados mais qualificados que seus concorrentes negros.

Esta seleção fará com que os beneficiários destas políticas convivam com o estigma de “incapazes” perante os brancos, ou com a sensação de estarem ocupando um lugar que não foi conquistado com o mesmo esforço pessoal empregado por um aluno branco. A medida inicialmente destinada a promover ascensão profissional e social, acabaria por reforçar-lhe o sentimento de inferioridade e baixa auto-estima. O diploma universitário obtido pelos negros, segundo aponta Telles<sup>25</sup> com a implementação das

---

<sup>25</sup> TELLES, Edward. *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003. p. 284.

ações afirmativas, poderia vir a ser considerado como um diploma de segunda categoria, não importando se o candidato fora admitido através do critério preferencial ou não.

A implementação das ações afirmativas poderia acarretar no aumento da consciência racial, provocando uma polarização entre negros e brancos nos moldes do que ocorre na sociedade norte-americana, causando retrocesso nas relações inter-raciais na sociedade brasileira, sendo mais útil uma política universalista – racialmente neutra – que atenda a candidatos oriundos de escolas públicas comprovadamente carentes.

O sistema de cotas fixas é especialmente criticado porque impõe uma violação ainda mais grave e aparente que o sistema de admissão flexível, porque ao se determinar previamente uma cota para preenchimento preferencial de candidatos de determinada raça, está se excluindo os demais candidatos da concorrência por elas, ao passo que os candidatos integrantes das minorias raciais poderão ter acesso à totalidade das vagas disponíveis. Na prática, segundo opositores, a implementação de cotas significa a ocorrência de uma discriminação reversa, contra os brancos, em favor dos negros.

Isto significa, a princípio, grave violação ao princípio da igualdade, pois daria ao fator raça peso extremamente importante, alijando o sistema baseado no “mérito” e na “imparcialidade”, diga-se no Brasil, lograr aprovação no concurso do vestibular, o que difere do caso norte-americano, onde o processo de seleção dos candidatos é composto de várias etapas, como exame de currículo, entrevistas, testes de aptidão, etc.

No Brasil, sabemos que houve, especialmente nas camadas mais pobres da população, intensa miscigenação, entre brancos, negros e índios, de modo que há dificuldades em se definir a cor ou a raça de alguns indivíduos. A definição dos beneficiários das políticas de cotas raciais é também questão de vital importância, pois, como aponta o sociólogo americano Eduard Telles:

[...]cerca de 40% dos que se auto identificam como brancos, no estado do Rio de Janeiro, não sentem dificuldade em admitir ter ascendência negra. “Escurecer” a própria identificação para se beneficiar da ação afirmativa é alternativa clara para muitos brasileiros. Como o sistema brasileiro é baseado na aparência e não na ascendência, a oportunidade de conseguir uma qualificação superior de graça pode levar alguns “brancos” a se declararem negros. Pela primeira vez, ter o sangue negro poderia oferecer uma vantagem estratégica.<sup>26</sup>

Nos Estados Unidos, essa dificuldade de classificação é facilitada pelo critério da “gota de sangue”, pois basta uma gota de sangue negro para ser considerado como tal. A segregação racial, naquele país, impediu

---

<sup>26</sup> TELLES, Edward. *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003. p. 290.

que houvesse miscigenação em larga escala como houve no Brasil, então a parcela da população que tem “sangue negro” é relativamente pequena comparada à brasileira.

A implantação de cotas raciais traz intrinsecamente outra contradição, pois beneficiará de forma desproporcional candidatos negros e pardos oriundos de classes sociais mais abastadas, porque no sistema de cotas as médias dos concorrentes será mais baixa e, segundo, por pertencerem a um grupo que possui condições financeiras melhores que a maioria da população, receberam educação de melhor qualidade, estando preparados para enfrentar uma concorrência teoricamente mais fraca.

## 5 – CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS

O Brasil é um país extremamente desigual em termos de renda e acesso a bens de consumo, que na década de sessenta até início da década de oitenta viveu sob o comando de uma ditadura militar repressiva, o que certamente atrasou o desenvolvimento de alguns debates, como a modernização das leis civis, o direito de igualdade entre os gêneros e a formação de um movimento afro-brasileiro atuante.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a ordem democrática foi restabelecida, trazendo aos brasileiros, em sua maioria portadores de carências materiais de toda ordem, garantias de igualdade que correspondiam às demandas seculares das populações mais empobrecidas. A CF/88 se propôs a construção de uma sociedade livre, mas principalmente justa e solidária, na qual o constituinte atribuiu ao poder público o dever de proporcionar a todos a igualdade de oportunidades como nos seguintes dispositivos:

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

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...]

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

[...]

Art. 7º – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XX – a proteção do trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

[...]

Art. 37 – [...]

VIII – A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiências e definirá os critérios de sua admissão;

[...]

Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios;

[...]

VII- redução das desigualdades regionais e sociais;

[...]

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no Brasil;

Não há dúvidas quanto à legalidade e receptividade das ações afirmativas no ordenamento jurídico brasileiro, pois o legislador constituinte deixou nítida a afirmação da igualdade material/substancial como meta a ser alcançada pelo poder público, através de ações positivas de implementação da justiça social e distributiva.

Acerca da possibilidade de se haver discriminação de forma positiva temos o art. 5º, XLI, da CF/88, o qual preceitua que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. A correta interpretação desta norma implica em reconhecer que o ordenamento jurídico brasileiro tão somente impôs uma proibição a toda discriminação atentatória, ou seja, que produza alguma violação a direitos e liberdades fundamentais, significando que toda a desigualação produzida com intuito de garantir o acesso a esses direitos e liberdades fundamentais é necessariamente constitucional e aceitável perante o ordenamento jurídico nacional.

No Brasil, o método de ingresso utilizado pelas universidades é o concurso vestibular, que consiste em prova única, onde aqueles que obtiveram melhor desempenho, confrontadas as notas de todos, serão aprovados até preencherem o número de vagas existentes no curso. Esse, sem dúvida, é um método de aferição de mérito, uma vez que as vagas oferecidas são muito inferiores a quantidade de candidatos.

Anterior a qualquer questionamento ou contestação ao sistema de aferição de mérito vigente, é importante trazermos a conhecimento estudo apresentado pelo sociólogo americano Edward Telles,<sup>27</sup> de que os 7% mais ricos da população brasileira representam 27% dos universitários, e mais estarrecedor neste estudo é a constatação de que o governo brasileiro gasta mais de 20 vezes com cada universitário do que com estudantes do nível básico e secundário.

<sup>27</sup> TELLES, Edward. *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003. p. 199.

Na verdade o sistema do vestibular é uma forma de discriminação por impacto desproporcional, que ajuda a perpetuar uma discriminação implícita, sofrida pelos menos favorecidos em todo o processo educacional, desde o primário até a universidade. A afirmação feita supra, será agora esclarecida. Sabidamente as escolas públicas freqüentadas pela população de baixa renda – de maioria negra – são de qualidade precária, seja pela falta de investimento governamental, seja pelo excesso de alunos em sala de aula ou professores mal pagos, a esses egressos a perspectiva de serem aprovados em universidades públicas de boa qualidade é mínima, restando-lhe tentar vagas existentes nas universidades particulares de qualidade inferior e/ou cursos de menor prestígio.

Aos candidatos egressos de escolas particulares, que recebem incentivos governamentais – algumas consideradas como entidades filantrópicas – normalmente conseguem passar nos vestibulares das universidades públicas de alta qualidade, nas quais o governo brasileiro investe substancialmente, beneficiando desproporcionalmente os mais ricos e a maioria dominante branca, em detrimento da população de baixa renda, formada predominantemente por afro-brasileiros.

O sistema brasileiro de educação e acesso ao ensino superior é um exemplo límpido e inequívoco de discriminação por impacto desproporcional, eis que a população negra possui renda média bem menor que a população branca. Segundo dados do censo realizado nos anos sessenta, a renda média de um homem negro correspondia a 60% da renda de um homem branco, já no ano de 1976, esse percentual caiu para 38%, e em 1999 atingiu 45%, agravando-se a desigualdade;<sup>28</sup> é ainda mais estarrecedor se analisarmos as rendas das famílias negras e pardas frente às famílias brancas, pois a renda daquelas correspondem a cerca de 40 a 45%, respectivamente, da renda das famílias brancas brasileiras.

Por certo que o desempenho intelectual dever ter importância relevante na escolha dos alunos de uma universidade, mas deve ser critério absoluto, pois é limitado para aferir as capacidades do candidato, especialmente no Brasil onde os mais abastados estudam nas melhores escolas e freqüentemente despendem somas vultosas em cursos pré-vestibulares, estudando em tempo integral e os mais pobres estudam em escolas noturnas e públicas, conciliando seu tempo entre estudo e trabalho.

Na verdade, ao candidato a uma vaga na universidade não assiste o direito a ser avaliado somente por seu desempenho na prova do concurso vestibular, pois o direito ao acesso ao ensino superior não é um *direito*

<sup>28</sup> Fonte: censos de 1976 e 1991; e Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio – PNAD, 1976, 1982, 1986, 1991, 1996 e 1999, op. cit. Telles, 2003, p. 196.

*subjetivo público* como oportunamente foi explanado pelo jurista Luis Fernando Barzotto,<sup>29</sup> portanto, não é um bem essencial à plena realização do ser humano. Sendo, um bem escasso, deve ser administrado pelo poder público conforme a diretriz política que eleger como prioritária ao país. O interesse pessoal do indivíduo não prevalece frente ao interesse do poder público e da autonomia universitária.

Dessas conclusões extraímos que o poder público, se constatar que o ensino superior é um meio importante de promoção e inserção social de uma categoria de indivíduos historicamente discriminadas, pode canalizar esse bem escasso àquelas pessoas que julga mais necessitadas deste bem, sem por óbvio bloquear o acesso aos demais. Neste ponto toda ação estatal num estado democrático de direito deve ser pautada pelos princípios da legalidade e proporcionalidade.

Especificamente, no caso brasileiro, os negros e pardos compõem quase que 50% da população e, segundo colaciona Eduard Telles,<sup>30</sup> "... cerca de 1,4% dos brancos havia completado o terceiro grau em 1960, ao passo que cerca de 11,0% o tinham feito em 1999. Para os negros, o percentual era quase zero em 1960 e somente 2,6% haviam completado o terceiro grau em 1999". O acesso aos níveis superiores de ensino evoluíram de forma desigual entre as populações brancas e negras, beneficiando a "maioria" branca detentora de maior renda de maneira desproporcional.

Considerando que um diploma universitário garante em termos gerais aumento de renda significativa, é de fundamental importância uma política de ação afirmativa e a formação de uma classe média negra também é vital para assegurar diversidade no ambiente universitário e em todas as classes sociais que detém poder de comando. Segundo estudos, referidos por Telles,<sup>31</sup> no caso brasileiro a renda aumenta entre 15% e 20% por ano adicional de escolaridade, a partir da sétima série. A elevação do nível de renda da população negra está diretamente ligada a um aumento da escolaridade, que no Brasil é menor que a média da população branca.

Não restando dúvidas quanto à constitucionalidade das ações afirmativas, tentaremos traçar critérios para avaliar a proporcionalidade dessas diretrizes. Na implantação das cotas raciais alerta Telles,<sup>32</sup> é necessário que o poder público esteja atento às variações existentes na

<sup>29</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista do Ministério Público*. Porto Alegre, v. 1, n. 50, p. 19/56, 2003.

<sup>30</sup> TELLES, Edward. *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003. p. 203.

<sup>31</sup> TELLES, Edward. *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003. p. 198.

<sup>32</sup> TELLES, Edward. *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003. p. 293.

composição racial nas diversas regiões do Brasil. “As metas e cotas específicas devem ser adequadas à realidade local”. Portanto, sugerimos que, de acordo com o princípio da igualdade e da proporcionalidade, o número de vagas destinadas à programas de admissão preferencial varie de 5% à 20%, dependendo da composição racial da região ou Estado.

O sistema de cotas é apenas uma das modalidades de acesso privilegiado; outras formas de ingresso podem ser estudadas, como por exemplo, um sistema de pontuação atribuída antecipadamente aos candidatos integrantes de minorias quando da aplicação da prova do vestibular, sem esquecer que para ter direito a essa pontuação, o candidato terá que obter aprovação, ou seja atingir uma nota mínima de corte, sem a qual será eliminado automaticamente do concurso. A Unicamp está implantando sistema semelhante ao mencionado, que entendemos ser menos polêmico que o sistema de cotas, mas igualmente eficiente.

A principal dificuldade a ser enfrentada na implementação das políticas de ações afirmativas no Brasil é definir quem é negro, e quem não é. Nos Estados Unidos há forte identificação de raça, no Brasil não possuímos uma consciência de raça sólida, mas o indivíduo é identificado pelo tom de pele, pelo que aparenta ser e não por sua ascendência. Neste ponto concordamos com a solução apontada pelo sociólogo Eduard Telles,<sup>33</sup> que recomenda o critério da auto-identificação. Sugere ainda, para evitar fraudes, que sejam anexados fotos coloridas aos formulários de inscrição no vestibular, e se houver alguma suspeita de fraude, que seja examinado caso a caso.

Como conclui o autor, pode haver oportunismo de “brancos” na utilização das cotas raciais, mas, neste momento inicial esse “problema” ainda não pode ser avaliado, por insuficiência de dados e de tempo. Na verdade, a extensão dos abusos e a eficácia dessas políticas só poderão ser avaliadas corretamente, após decorridos alguns anos da sua implementação, portanto a discussão não pode ser antecipada.

As Universidades, segundo o art. 207, *caput*, da Constituição Federal, possuem autonomia didático-científica, administrativa e de gestão, de maneira que são livres para adotarem programas de admissão preferenciais ou não. Mas, como exposto anteriormente, a diversidade racial é uma meta essencial ao poder público, de modo que a concessão prioritária de benefícios fiscais ou de bolsas estudantis àquelas instituições que adotam algum critério de admissão preferencial, seria, sem dúvida, um mecanismo de incentivo à adoção desses programas preferenciais, sem macular o princípio da autonomia universitária, preceituado constitucionalmente.

---

<sup>33</sup> TELLES, Edward. *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003. p. 291.

## 6 – CONCLUSÃO

O debate iniciado quando da implantação das cotas raciais pela Universidade Estadual de Rio de Janeiro, constitui-se num um marco no sistema jurídico nacional, pois teve o mérito de trazer a tona questionamentos tidos por muitos como inúteis à sociedade brasileira, como o racismo praticado de forma velada e a contestação da eficácia das políticas racialmente neutras, num país em que a população negra compõe a maioria absoluta dos miseráveis.

Os dispositivos colacionados em defesa da igualdade material são diretas que estabelecem um padrão econômico e social a ser alcançado em benefício do maior número de cidadãos brasileiros; e se a política almejada – pela interpretação dos dispositivos contidos na CF/88 – é proporcionar a maior parte possível de brasileiros o progresso social e econômico, as ações afirmativas são definitivamente uma alternativa válida.

A nova compreensão do princípio igualitário possibilitou vislumbrar novas alternativas ao combate do preconceito e na busca da igualdade de oportunidades como conseqüência do desenvolvimento da sociedade. O tema abordado contém muitas nuances possíveis de serem exploradas, e neste trabalho apenas alguns aspectos foram discutidos, talvez não com a profundidade que o tema merece, pois nos limitamos a discutir a constitucionalidade e viabilidade desse tipo de política importada do sistema norte-americano, e de forma oportuna adaptada ao sistema jurídico brasileiro, trazendo à tona questionamentos sobre a nossa sociedade que estavam um pouco esquecidos, como o racismo e o sistema de aferição de mérito no acesso às vagas no ensino superior.

Colacionamos a opinião de muitos autores, que apresentam argumentos contrários e favoráveis a essas políticas afirmativas, argumentos que procuramos “apreender” e compreender. Nem sempre o objetivo foi alcançado – mas a tentativa de estudar o direito como instrumento de transformação social e realização da justiça nos possibilitou entender a verdadeira função do curso de direito, que é formar cidadãos conscientes de que advogar não se resume a interpretar normas, mas sim conviver com a intranqüilidade de buscar incessantemente compreender o significado real de justiça e pô-lo em prática em todas as situações.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista do Ministério Público*. Porto Alegre, v. 1, n. 50, p. 19/56, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 793 p.



- BOWEN, Willian G.; BOK, Derek. *O curso do rio: um estudo sobre a ação afirmativa no acesso à universidade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2004. 626 p.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional: e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Ed. Livraria Almerinda, 2002. 1506 p.
- CESAR, Raquel Coelho Lenz. *Questões jurídicas do sistema de reserva de vagas na universidade brasileira: um estudo comparado entre a Uerg, Unb e a Uneb*. Obtida via Internet. <http://www.uerj.br/~direito/publicações>. (23 out. 2004)
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 1. ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002. 568 p.
- . *Uma questão de princípio*. 1. ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2001. 593 p.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001. 444 p.
- . *O Debate Constitucional Sobre as Ações Afirmativas*. Obtida via Internet. <http://www.uerj.br/~direito/publicações>. (24 jul. 2003)
- GREENHOUSE, Linda. *Justices back affirmative Action by 5 to 4*. Obtida via Internet. <http://www.nytimes.com/2003/06/24/politics>. (24 de jun. 2003)
- HAARSCHER, Guy. *A filosofia dos direitos do homem*. 1. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. 202 p.
- HESSE, Conrad. *A força normativa da constituição*. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. 34 p.
- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. 1. ed. Porto Alegre: Ed. Sergio Fabris, 2002. 120 p.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995. 48 p.
- MELLO, Marco Aurélio. *A igualdade e as ações afirmativas*. Obtido via Internet. <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa>. (22 set. 2004)
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2002. 322 p.
- MINHOTO, Antônio Celso Baeta. Princípio da igualdade. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 42, p. 310/329, jan-mar. 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 836 p.
- NUNES, Rizzatto. *O princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 127 p.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- ROSEMBERG, Debra. *Upholding the status quo*. Obtida via Internet. <http://www.msnbc.com/news/930376>. (24 de jun. 2003)
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na constituição federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 392 p.

———. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 157 p.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Algumas notas revisadas sobre democracia, igualdade e ação afirmativa*. Obtida via Internet.  
<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos>. (29 jul. 2004)

SILVA JR, Hédio. O princípio da igualdade e os direitos de igualdade na constituição de 1988. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 38, p. 168/190, jan-mar. 2002.

SINGER, Peter. *Ética Prática*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 339 p.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 223 p.

TELLES, Edward. *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003. 347 p.